Der Ersatz- und Vergütungsanspruch des Vormunds.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität

zu

Tübingen

Vorgelegt von

Referendar Otto Niehoff

aus Neumünster

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen

1928

Dekan und Referent: Prof. Dr. A. Schmidt,
angenommen: 17. Dezember 1928.

Meiner lieben Mutter

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung. Die Partikularrechte vor dem BGB. 9

I. Abschnitt.

Die Ersatzansprüche des Vormundes nach § 1835 BGB.

§ 2. Begrenzung des Themas und Begrenzung des Begriffs der Aufwendungen nach der positiven Seite hin. 10
§ 3. Die Ausnahmebestimmung des § 1835 Abs. 2 BGB. 15
§ 4. Die Zeitversäumnis ist keine Aufwendung 20
§ 5. Unter den Begriff „Aufwendungen" fallen nicht die Schäden, die der Vormund bei der Führung der Vormundschaft erleidet . . 23
§ 6. Inhalt des Anspruchs des Vormunds 42
§ 7. Geltendmachung des Anspruchs auf § 1835 BGB. 55
§ 8. Sonstige, nicht auf § 1835 BGB. beruhende Ansprüche des Vormundes 57

II. Abschnitt.

Der Vergütungsanspruch des Vormunds nach § 1836 BGB.

§ 9. Voraussetzung und Maßstab für die Bewilligung einer Vergütung 59
§ 10. Das Vormundschaftsgericht bei Bewilligung der Vergütung . . 63
§ 11. Die gesetzliche Vormundschaft und die Sammelvormundschaft . 89
§ 12. Verfahren und Geltendmachung 92

Literaturverzeichnis.

Altmann, Unterliegt das vom Vormundschaftsrichter für Vormünder und Pfleger festgesetzte Honorar der richterlichen Nachprüfung durch das Prozeßgericht, ZBlFG. 6 (S. 558/59).

Archiv für bürgerliches Recht (Arch.f.bürgl.Recht).

Archiv für zivilistische Praxis (Arch.f.ziv.Praxis).

Boschan, Ersatz der allgemeinen Geschäftsunkosten des Nachlaßpflegers in Recht, 1917, S. 393.

Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (Jena 1903).

Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten im Arch.f.ziv.Praxis, Bd. 96, S. 380.

BayrObLZ., Entscheidungen des bayr. obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts (Tübingen 1902).

Dernburg, Bürgl. Recht, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl. (Halle 1908).

Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).

Dernburg, System des römischen Rechts, 2. Teil (8. Aufl. 1911).

Ermel, Portofreiheit der Schreiben von Vormündern in vermögenslosen Vormundschaften in DJZ. 04, S. 309.

Kipp-Wolff, Familenrecht, Bd. II, 2 des Lehrbuchs des bürgl. Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff (15.—17. Aufl., Marburg 1928).

Enneccerus, Schuldverhältnisse, Bd. I, 2 des Lehrbuchs des bürgl. Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff (23.—27. Aufl., Marburg 1927).

Fuchs, Tragung der Portokosten für Schreiben der Vormünder in vermögenslosen Vormundschaften in ZBlfG. 5, S. 537 ff.

Fuchs, Portofreiheit der Schreiben von Vormündern in vermögenslosen Vormundschaften in DJZ. 04, S. 393.

Fuchs, Nochmals die Postgebühren des Vormunds eines vermögenslosen Mündels, eine Entgegnung in ZBlFG. 6, S. 294 ff.

August Fuchs, Vormundschaftsrecht, 3. Abschn. II des Kommentars des Familienrechts von A. B. Schmidt, D. W. Hedemann und August Fuchs (München 1909).

Gruchots Beiträge (Gruchot).

Götte, Nochmals die Postgebühren des Vormunds eines vermögenslosen Mündels im ZBlfG. 5, S. 859.

Hamburgisches Stadtrecht vom 10. X. 1603, herausgegeben auf Veranlassung des Vereins für Hamburgische Geschichte bei Perthes, Resser und Manke, Hamburg 1842.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts (1886 Leipzig).
Hesse, Deutsches Vormundschaftrecht (Berlin 1900).
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts (4. Aufl. 1922, Leipzig).
Josef, Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Bewilligung der Pflegervergütung im Arch.f.bürgl.Recht 32, S. 361 ff.
Josef, Wiederaufhebung der dem Vormunde bewilligten Vergütung bei Gruchot 65, S. 464.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. (Jena 1900).
Josef, Die rückwirkende Kraft der Aufhebung der Vergütungsbewilligung für den Vormund im Recht 1915, S. 574.
Juristische Wochenschrift (Jur.Woch.).
Iherings, Jahrbuch (Iher.Jahrb.).
Entscheidungen des Kammergerichts in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KGJ.).
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Schuldverhältnisse und Familienrecht (RGRK.), 5. Aufl., Berlin u. Leipzig, 1923.
Koerner, Kosten des Schriftwechsels in Vormundschaftssachen ZBlFG. 5, S. 344.
Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, Göttingen 1847.
Kochmann, Gehört zu den „notwendigen Auslagen" des § 503 StPO. auch Zeitversäumnis? in DJZ. 1907, S. 355 ff.
Langenbach, Kann ein Anwalt für seine anwaltschaftliche Tätigkeit als Vormund vom Mündel Entlohnung verlangen? in Leipz. Zeitschr. 1915, S. 1140 ff.
Leipziger Zeitschrift (Leipz.Zeitschr.).
v. Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts (2. verb. Aufl., Tübingen 1896).
Motive zum BGB. (Motive).
Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLGE.).
Opet-v. Blume, Kommentar zum Familienrecht, Berlin 1906.
Oertmann, Kommentar, Schuldverhältnisse (3./4. Aufl., Berlin 1910).
Philler, Das Vormundschaftsrecht des BGB. (3. Aufl., Berlin 1900).
Planck, Kommentar, Familienrecht (3. Aufl., Berlin 1906); Schuldverhältnisse (4. Aufl., Berlin 1914).
Pitel, Aufbringung der in vermögenslosen Vormundschaften vom Vormunde gemachten Aufwendungen in ZBlfG. 5, S. 543.
Planck, Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren in Vormundschaftssachen und sonstigen das Familienrecht betreffenden Angelegenheiten (1881).
Planck, Begründung zum Vorentwurf eines BGB. für das Deutsche Reich (Berlin 1880).
Planck, Entwurf eines Gesetzes betreffend die Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (1888).
Zeitschrift „Das Recht" (Recht).

RGE. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rausnitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Berlin 1900).
Rosenstock, Kann ein von der Gemeinde angestellter Berufsvormund Vergütung für seine Tätigkeit zugunsten der Gemeinde verlangen? In Zeitschrift für das Armenwesen 1913, S. 148 ff.
RIA. Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Reichsgesetzblatt (RGBl.).
v. Roth, Bayrisches Zivilrecht (2. Aufl., Tübingen 1881).
Schröder-Mugdan, Das Deutsche Vormundschaftsrecht (Berlin 1900).
Seufferts Archiv (Seuff.Arch.).
Engelmann-Keidel in I. v. Staudingers Kommentar zum BGB., Familienrecht (9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1926).
Kober-Engelmann in Staudingers Kommentar zum BGB. (zitiert: Staudinger) Schuldverhältnisse (7.—8. Aufl., München und Berlin 1912).
Scherer, Das Familienrecht des BGB. (Erlangen 1900).
Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, 2. völlig neu bearbeitete Auflage des Kommentars von Schulze-Görlitz-Oberneck, Berlin 1911.
Schultheis, Obervormundschaftliche Genehmigung nach Beendigung der Vormundschaft in ZBlFG. 15, S. 155.
Unger, Rechtsmittel im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit im ZZP. 36, S. 68/69.
Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht in ZZP. 36, S. 31 und in ZZP. 34, S. 326 ff.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr, in Iherings Jahrbuch 33, S. 326.
Wirtz, Ist der Vormund vermögensloser Mündel verpflichtet, Auslagen aus eigenen Mitteln zu bestreiten? In DJZ. 1905, S. 166.
Warneyer, Ergänzungsbände.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 3 (8. Aufl., Frankfurt 1901).
Zeitschrift für das Armenwesen.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit (ZBlfG.).
Zentralblatt für deutschen Zivilprozeß (ZZP.).

§ 1. Einleitung. Die Partikularrechte vor dem BGB.

Unter den bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Partikularrechten lassen sich bezüglich der Ansprüche des Vormunds gegen den Mündel im wesentlichen zwei Gruppen unterscheiden. Die eine Gruppe verpflichtet den Vormund zur unentgeltlichen Führung der Vormundschaft und stellt es in das Ermessen des Vormundschaftsgerichts, dem Vormund eine Vergütung zu gewähren. Diese Regelung beruht auf dem römischrechtlichen Grundsatz, daß die Vormundschaft lediglich dem Interesse des Mündels diente und daß der Vormund daher ohne weiteres keinen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit hatte, wenn ihm nicht die Obervormundschaftsbehörde eine Vergütung zubilligte [1]). Zu dieser Gruppe zählt u. a. das gemeine Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 1. III. 1865 §§ 1954 ff, das Lübeckische Stadtrecht [2]), das Preußische allgemeine Landrecht und die Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. VII. 1875. Die andere Gruppe von Rechten billigt dem Vormund regelmäßig einen direkten Anspruch auf Honorar zu. Diese Regelung geht auf die ursprünglich deutsche Auffassung zurück, wonach dem Vormund stets eine Belohnung gewährt wurde. Diese Belohnung wurde dem Vormund nach dem älteren deutschen Recht durch die sogen. „tutela fructuaria" gewährt. Danach stand dem Vormund ein Nießbrauch am Mündelvermögen zu, so daß ihm die Überschüsse des Mündelvermögens zufielen [3]). Zu dieser

---

[1]) Windscheid-Kipp III § 438, Anm. 2.

[2]) Ausgabe von G. C. Schmidt, Lübeck 1829.

[3]) Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des D. Rechts, Bd. II, S. 83/84, 613.

Rechtsgruppe gehört das württembergische Recht [4]), das hamburgische Stadtrecht [5]) von 1603 und das bayerische Landrecht [6]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich rechtlich der ersten Gruppe von Rechten angeschlossen und dem Vormund keinen direkten, im Prozeßweg verfolgbaren Anspruch zugebilligt, sondern ihn prinzipiell zur unentgeltlichen Führung seines Amtes verpflichtet. (§ 1836 Abs. 1 S. 1 BGB.). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es dem Vormundschaftsgericht überlassen, dem Vormund eine Vergütung zu gewähren, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte dies rechtfertigen. Damit, daß das Gesetz die Voraussetzungen, unter denen das Vormundschaftsgericht eine Vergütung gewähren muß, bestimmt festlegt, steht es allerdings sachlich den Rechten der zweiten Gruppe, nach welcher der Vormund einen direkten Anspruch auf Honorar hat, sehr nahe [7]). Das erhellt noch mehr daraus, daß die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht endgültig, sondern mit der Beschwerde anfechtbar ist.

I. Abschnitt.

Die Ersatzansprüche des Vormunds nach § 1835 BGB.

§ 2. Begrenzung des Themas und Begrenzung des Begriffs der Aufwendungen nach der positiven Seite hin.

Unter „Ersatzansprüchen" versteht man im allgemeinen Schadenersatzansprüche oder Ersatzansprüche für Aufwendungen und dergleichen. Immer aber handelt es sich darum, daß dem Ersatz-

[4]) H. v. Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vorm.-Rechts, S. 625, 2. verb. Aufl.

[5]) Part. III, Tit. 6, Artikel 20.

[6]) v. Roth, Bayr. Zivilrecht, Bd. I, S. 675 (2. Aufl.).

[7]) Planck, Begründung zum Vorentwurf eines BGB. für das Deutsche Reich § 508 (S. 2089).

berechtigten dafür Ersatz geleistet wird, daß entweder sein Vermögen gegen seinen Willen von einem anderen schuldhaft verletzt und dadurch vermindert ist, oder daß er freiwillig einen Vermögensteil für einen anderen aufgeopfert hat und zwar unter Umständen, die diesen zur Ersatzleistung verpflichten. Im ersteren Falle liegt ein Fall der Schadensersatzpflicht, im letzteren Falle ein solcher der Ersatzpflicht für Aufwendungen vor. Nun steht aber dem Vormund neben den geschilderten Ansprüchen auch noch unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Vergütung zu. Dieser Anspruch würde daher, falls man das Wort „Ersatzansprüche" im üblichen juristisch-technischen Sinne auffassen wollte, hier garnicht mitzubehandeln sein. Wir müssen aber das Ziel unserer Arbeit weiterstecken und müssen sämtliche dem Vormund zustehenden Ansprüche behandeln.

Die „Ersatzansprüche" des Vormunds sind im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 1835 und 1836 geregelt. Wir untersuchen zunächst die Ersatzansprüche des Vormunds nach § 1835 BGB.

§ 1835 BGB. lautet:

„Macht der Vormund zum Zwecke der Führung der Vormundschaft Aufwendungen, so kann er nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669, 670 von dem Mündel Vorschuß oder Ersatz verlangen. Das gleiche Recht steht dem Gegenvormund zu.

Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormunds oder des Gegenvormunds, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören."

Der Vormund kann also seine A u f w e n d u n g e n ersetzt verlangen. „Aufwendungen" sind auf freiem Willen beruhende Auslagen oder Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines bestimmten Zweckes. Diese Definition ist in der Literatur und Judikatur [8]) ganz allgemein anerkannt. Eine Aufwendung liegt also vor, wenn der beauftragte Spediteur, der eine Ware ins Ausland schaffen soll, den Zoll für die Ware bezahlt. [9]) Ja selbst wenn er eine auf die Ware verwirkte Zollstrafe bezahlt, kann er diesen

[8]) Planck zu § 670 Anm. 5, Staudinger Anm. 6 zu § 670, Enneccerus, Schuldverhältnisse § 383 Anm. 3. OLG. Stuttgart in OLGE. 14 S. 58. RGE. 75 S. 212, 94, S. 169, 98 S. 199, Fuchs Anm. 2 a zu § 1835.

[9]) OLGE. 38, S. 210.

Betrag als Aufwendung ersetzt verlangen.[10]) Eine Aufwendung besteht auch darin, daß man als Beauftragter eine Schuld des Auftraggebers an einen Dritten bezahlt.[11]) Allerdings wird durch eine solche Zahlung der Auftragszweck selbst erreicht. Es läge daher nahe, eine solche Zahlung nicht als Aufwendung anzusehen, da die Zahlung nach der eingangs gegebenen Definition der Aufwendungen nicht zur Erreichung des Auftragszwecks, sondern zur Erfüllung des Auftrages geleistet ist. Eine solche Auffassung würde aber dem Wesen des Auftrages widersprechen. Es ist zwar zuzugeben, daß der Gesetzgeber im § 670 BGB. vornehmlich wohl die Fälle hat treffen wollen, in denen der Beauftragte aus eigener Initiative Aufwendungen zur Erreichung des Endzweckes des Auftrags macht. Es fallen aber ebenfalls diejenigen Fälle darunter, in denen der Beauftragte auf Weisung des Auftraggebers eine bestimmte Summe zahlt. Dann bildet diese Zahlung den einizgen Zweck des Auftrags und mit dieser Zahlung ist auch gleichzeitig der Zweck des Auftrags erreicht. Es macht also keinen Unterschied, ob eine Aufwendung gemacht wird, um dadurch die Erreichung des Endzwecks des Auftrags zu ermöglichen, oder ob durch die Aufwendung schon der Endzweck selbst erreicht wird. Es ist vielmehr jede Leistung von Vermögenswerten zur Ausführung des Auftrages als Aufwendung anzusehen. Andernfalls käme man zu dem widersinnigen Ergebnis, daß der Beauftragte beim Zahlungsauftrag zwar die Kosten eines Briefwechsels oder dgl., der zur Ermöglichung der Zahlung nötig wäre, als Aufwendung ersetzt verlangen könnte, nicht aber die gezahlte Summe selbst. Die Zahlung an den Dritten braucht aber nicht unbedingt in bar zu erfolgen. Sie ist auch durch Aufgabe einer eigenen Forderung gegen den Dritten möglich[12]).

Dies muß allerdings in der Weise vor sich gehen, daß der Aufgabe der eigenen Forderung eine entsprechende Gutschrift bei dem Dritten für den Auftraggeber gegenübersteht. Denn durch die Aufgabe der eigenen Forderung wird zunächst nur das Verhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Dritten berührt. Erst durch eine entsprechende Gutschrift bei dem Dritten für den Auftrag-

[10]) Recht 1911 Nr. 2725.

[11]) RGE. 95 S. 53, 106 S. 26 ff.

[12]) RG. in JW. 1913, S. 264; RG. bei Warneyer 1912, Nr. 19.

geber wird die Rechtslage genau so, als wenn der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers bar bezahlt hätte. In einem solchen Fall liegt ebenfalls eine Aufwendung vor. Kosten, die durch die Führung eines Prozesses durch den Beauftragten entstanden sind, stellen ebenfalls Aufwendungen dar [13]), desgleichen Kosten der Zwangsvollstreckung, auch soweit sie außerhalb des von der ZPO. geregelten Verfahrens liegen [14]). Wenn der Beauftragte seine eigenen Sachen zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags verbraucht, dann kann er ihren Wert als Aufwendung ersetzt verlangen [15]). Daß verbrauchte Sachen als Aufwendungen anzusehen sind, ist aus der Fassung des § 256 BGB. ohne weiteres ersichtlich. Bestritten ist die Frage, ob der Beauftragte für die Abnutzung von Sachen bzw. ob der Vormund dafür, daß er dem Mündel Sachen zur Benutzung überläßt, Ersatz verlangen kann. Planck a. a. O. verneint sie unter Hinweis auf § 396 Abs. 2 HGB., während der Kommentar der Reichsgerichtsräte [16]) sie bejaht. Eine Entscheidung des Kammergerichts [17]) stellt ohne nähere Begründung fest, daß in einer Verwendung von Säcken nicht ihre völlige Preisgabe liege, die es allein rechtfertigen könnte, ihre Hingabe als eine Aufwendung anzusehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Abnutzung einer Sache nicht als Aufwendung anzusehen sein soll. Jedenfalls schlägt der Hinweis auf § 396 Abs. 2 HGB. nicht durch. Dort heißt es: „Zu dem von dem Kommittenten für Aufwendungen des Kommissionärs nach den §§ 670, 675 des BGB. zu leistenden Ersatze gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs". Zwischen der Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel und dem Ersatz für Abnutzung unter dem Gesichtspunkt der Aufwendung besteht ein großer Unterschied. Die Vergütung umfaßt den vollen Verdienst des Kommissionärs, während bei der Aufwendung nur dasjenige ersetzt wird, worum das Vermögen des Aufwendenden tatsächlich vermindert ist. Die Bestimmung des § 396 Abs. 2 HGB. war nötig, um dem Kommis-

[13]) Josef in Pr.Verw.Bl. 46, S. 395.
[14]) Planck, Anm. 2 zu § 670.
[15]) Planck a. a. O.
[16]) RGRK., Anm. 1 zu § 1835.
[17]) OLGE. 36, S. 92.

sionär seinen vollen Verdienst zu sichern. Aus ihr läßt sich aber nicht folgern, daß deswegen die Abnutzung einer Sache keine Aufwendung ist. Wenn der Vormund dem Mündel eine Sache zum Gebrauch überläßt, dann opfert er dadurch einen Vermögenswert auf. Die Aufopferung des Vermögenswertes besteht darin, daß er neue bzw. neuere Sachen hingibt und eine nach dem jeweiligen Gebrauch entwertete Sache zurückerhält. Diesen Vermögenswert, die Differenz zwischen dem Wert der neuen und der gebrauchten Sache, opfert er auf. Daß er diesen Vermögenswert — wie in allen übrigen Fällen — zum Zwecke der Führung der Vormundschaft aufopfern muß, ist natürlich notwendig. Der Vormund kann also die Abnutzung von Sachen, die er dem Mündel zur Benutzung überlassen hat, als Aufwendung ersetzt verlangen. Wenn dieser Ersatz aber im Kommentar der Reichsgerichtsräte als „Mietzins" bezeichnet wird, so kann dem nicht beigetreten werden. Denn das Wort Mietzins umfaßt mehr als nur den Ersatz von Aufwendungen, kann jedenfalls mehr umfassen. Normalerweise ist in einem Mietzins auch eine Verdienstquote des Vermieters enthalten. Ein Verdienst kann dem Vormund aber nicht als Aufwendung ersetzt werden, da — wie bereits ausgeführt — als Aufwendung nur dasjenige ersetzt werden kann, was an Vermögenswerten aufgeopfert ist, worum also das vorhandene Vermögen tatsächlich vermindert worden ist. Das Vermögen des Vormunds hat sich aber nur insoweit vermindert, als die überlassene Sache durch die Benutzung einen geringeren Wert bekommen hat. Im übrigen ist sein Vermögen gleich geblieben. Er kann auch nicht aus dem Grunde etwas verlangen, weil er mit der Sache anderweitig erwiesenermaßen etwas hätte verdienen können. Denn auch hier handelt es sich nicht um eine Aufopferung eines Vermögenswertes, da diese Verdienst*möglichkeit* kein Bestandteil seines Vermögens ist. Eine wenn auch noch so sichere Aussicht auf Gewinn ist keine Aufwendung[18]). Eine weitere Veranlassung für eine Aufwendung kann eine Reise bilden, die der Vormund im Interesse des Mündels hat machen müssen, ferner die für die Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses gemäß § 1802 BGB. oder die für die Anfertigung einer Rechnung gemäß §§ 1840, 1841 BGB. gezahlten Kosten,

[18]) Opet-v. Blume, Anm. 2 zu § 1835.

oder die Frankierung von Briefen, die der Vormund auf Grund seines Amtes anzufertigen und zu versenden hat [19]).

Wer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, hat auch noch einige Nebenverpflichtungen zu erfüllen. Gemäß §§ 256, 257 BGB. hat er den aufgewendeten Betrag bzw. wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag zu verzinsen. Ferner hat er, wenn der Aufwendende eine Verpflichung eingegangen ist, diesen von der Verpflichtung zu befreien. Falls die Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, kann ihm der Ersatzverpflichtete, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit ist insbesondere für den Fall der Beendigung der Vormundschaft oder Gegenvormundschaft von Bedeutung [20]).

§ 3. Die Ausnahmebestimmung des § 1835 Abs. 2 BGB.

Nicht zu diesen Aufwendungen würden die zu seinem Berufe oder seinem Gewerbe gehörenden Dienste des Vormunds zu zählen sein. Für Dienste dieser Art hat das Gesetz jedoch ausdrücklich eine Ausnahme gemacht [21]), indem es im § 1835 Abs. 2 BGB. folgendes bestimmt hat:

„Als Aufwendung gelten auch solche Dienste des Vormunds oder des Gegenvormunds die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören."

---

[19]) Fuchs, Vormundschaftsrecht, Anm. 2 a zu § 1835.

[20]) Motive IV, S. 1181.

[21]) Es sei hierbei darauf hingewiesen, daß Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. Jena 1900, für den Auftrag den Standpunkt vertritt, daß dem Beauftragten wie dem Vormund, unter Anwendung des § 1835 Abs. 2 BGB. Dienste, welche innerhalb seines Gewerbes oder Berufes liegen, zu ersetzen sind. Hiergegen jedoch Leonhard in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 44, S. 404 ff., sowie die herrschende Lehre und Rechtsprechung, allerdings mit verschiedener Begründung (vgl. Staudinger, Anm. 1a zu § 670 BGB. und die dort zitierten). Diese wollen die Tätigkeit des Beauftragten nur dann ersetzen, wenn sie nicht unmittelbar auf die Ausführung des Auftrages gerichtet ist, sondern nur im Zusammenhang damit steht, z. B. wenn ein Rechtsanwalt, der lediglich die Verwaltung eines Vermögens übernommen hat, einen sich aus dieser Verwaltung ergebenden Prozess führt. Hierzu ist auch Lotmar, Arbeitsvertrag, 1. Bd., S. 86 ff. zu beachten.

Die Vorschrift des § 1835 Abs. 2 BGB. ist dahin zu verstehen, daß nur solche Dienste des Vormunds als Aufwendungen anzusehen sind, die ein besonderes wissenschaftliches, künstlerisches oder handwerksmäßiges Wissen und Können voraussetzen [22]), für die ein nicht in der bezeichneten Weise vorgebildeter Vormund sich fremde Hilfe, die natürlich ebenfalls Kosten verursachen würde, annehmen müßte. Allerdings drücken sich die Motive [23]) etwas ungenau aus, wenn sie sagen, daß in Abweichung von dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit der vom Vormund zu leistenden Dienste, es „billig ist und auch im eignen Interesse des Mündels liegt, für solche Fälle eine Ausnahme anzuerkennen, in welchen der Vormund eine Vergütung für geleistete Dienste auch von einer jeden anderen Person zu fordern berechtigt sein würde." In der Tat wollen aber auch die Motive dem Vormund nur unter den angeführten Voraussetzungen seine Dienste als Aufwendung vergüten. Das geht daraus hervor, daß sie ausdrücklich auf II 18 § 262 des Preuß. allg. Landrechts sowie auf § 33 Abs. 3 der Preuß. Vormundschaftsordnung, wo diese Materie ebenfalls in dem angeführten Sinne geregelt war, Bezug nehmen. Des weiteren erhellt das daraus, daß die Motive das eigene Interesse des Mündels erwähnen. Im Interesse des Mündels liegt es sicher nicht, bestimmte Personengruppen zu priveligieren. Das würde aber, wenn man sich wörtlich an die Ausführungen der Motive halten würde, der Fall sein. Denn dann könnte z. B. ein Anwalt für jede Vermögensverwaltung und für jede Eingabe an Behörden, zu der auch ein Laie absolut befähigt wäre, von dem Mündel Bezahlung verlangen, weil er dafür auch von einem jeden Dritten seine Gebühren liquidieren könnte. Es liegt auf der Hand, daß dies nicht der Fall sein kann. Eine solche Auffassung wäre mit dem Prinzip, daß die Vormundschaft unentgeltlich zu führen ist, unvereinbar. Im übrigen wird die eingangs vertretene Auffassung auch in der Literatur und Praxis einhellig vertreten [24]). Es ist also stets zu prüfen, ob man Dienste, die ein Vormund geleistet hat, von jedem Vormund verlangen könnte, oder ob ein nicht für die betreffenden Dienste vor-

[22]) Fuchs a. a. O., Anm. 2 d zu § 1835.

[23]) Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB., S. 626.

[24]) vgl. Engelmann-Keidel, Anm. 1 d zu § 1835 und die dort zitierten.

gebildeter Vormund sich eine Hilfskraft hätte nehmen müssen. So kann selbstverständlich ein Arzt, der seinen Mündel behandelt, Bezahlung für diese Behandlung beanspruchen, da ein „Laien-Vormund" einen Arzt hätte hinzuziehen müssen. Dasselbe gilt für einen Handwerker, Rechtsanwalt oder Lehrer, der für seinen Mündel in seinem Beruf bzw. Gewerbe tätig ist. Gemäß § 1779 Abs. 2 BGB. soll das Vormundschaftsgericht zum Vormund eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist. Dieser Gesichtspunkt dürfte bei Beurteilung der Dienste des Vormunds gemäß § 1835 Abs. 2 BGB. ebenfalls zu beachten sein. Nicht jede, wenn auch etwas schwierige Dienstleistung fällt danach unter § 1835 Abs. 2. Der Vormund war eben für eine solche etwas schwierige Dienstleistung besonders geeignet. Dies darf, wie das OLG. Karlsruhe [25]) mit Recht hervorhebt, aber nicht darauf hinauslaufen, durch die Berufung des Vormunds dem Mündel einen „billigen Anwalt" — was natürlich für andere Berufe entsprechend gilt — zu verschaffen. Die Grenzen zwischen den Diensten nach § 1835 Abs. 2 und denen, die allgemein von jedem Vormund verlangt werden können, sind eben nach der jeweiligen Einstellung etwas fließend und müssen im konkreten Fall nach den angeführten Gesichtspunkten festgestellt werden.

Langenbach [26]) befaßt sich in der Leipziger Zeitschrift eingehend mit den Aufwendungen des Anwalts gemäß § 1835 Abs. 2. Es ist Langenbach zuzustimmen, wenn er ausführt, daß ein Anwalt als Vormund für Geldablieferung vom Mündel keine Gebühr nach § 87 RAGO. verlangen kann, selbst nicht, wenn er Geldbeträge im Laufe des Prozesses in Empfang nimmt, da dies keine Tätigkeit darstellt, die nur ein Anwalt leisten kann und zu der keine besondere anwaltschaftliche Vorbildung gehört. Des weiteren wendet sich Langenbach mit Recht gegen einen Beschluß des Landgerichts Darmstadt vom 20. III. 1915 [27]). Es ist dem Landgericht

[25]) OLGE. 31, S. 415.

[26]) Langenbach in Leipz. Z. 1915, S. 1140.

[27]) Dem Beschluß lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Anwalt-Vormund hatte einen schwierigen, eine Fülle Rechtsausführungen enthaltenen Briefwechsel geführt. Die Verhandlungen zerschlugen sich dann aber. Später wurde jedoch in anderer Weise ein Vergleich abgeschlossen.

Darmstadt entgegenzutreten, wenn es dem Anwalt nur deshalb seine Tätigkeit nicht bezahlen will, weil ein Rechtsstreit weder anhängig noch in Aussicht gewesen sei. Denn es stehen dem Anwalt nicht nur dann Gebühren zu, wenn er einen Rechtsstreit für den Mündel führt, sondern in jedem Fall, in dem ein gewissenhafter „Laien-Vormund" einen Anwalt hinzuziehen würde. Die berufliche Tätigkeit des Anwalts besteht nicht lediglich in der Führung von Prozessen, sondern auch in außergerichtlichen Verhandlungen. Es kommt somit garnicht darauf an, ob der Anwalt-Vormund für den Mündel gerade einen Prozeß geführt hat, sondern ob für seine Tätigkeit die Kenntnisse eines Anwalts erforderlich waren [28]).

Weiterhin ist Langenbach a. a. O. auch darin zuzustimmen, wenn er ausführt, daß der Anwalt-Vormund für Tätigkeiten, die in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallen, ihrem Wesen nach aber lediglich zu der verwaltenden Tätigkeit des Vormunds gehören, keine Bezahlung verlangen kann, da hierzu keine spezifisch juristischen Kenntnisse gehören, während er dagegen für Tätigkeiten, die juristische Kenntnisse voraussetzen, z. B. für die Entziehung der Schlüsselgewalt, Bezahlung beanspruchen kann. Dies folgert ohne weiteres aus den bereits festgestellten Gesichtspunkten. Denn ein gewissenhafter Laien-Vormund wird sicherlich, bevor er der Ehefrau seines Mündels die Schlüsselgewalt entzieht, die Voraussetzungen hierfür durch einen Rechtskundigen nachprüfen lassen, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, die Schlüsselgewalt mißbräuchlich zu entziehen. Im Anschluß an diese Frage nimmt Langenbach noch zu einem Beschluß des Amtsgerichts Darmstadt II vom 27. II. 1915 Stellung. Das Amtsgericht Darmstadt II hatte durch diesen Beschluß vom 27. II. 1915 einen

---

[28]) Für die Anwendbarkeit des § 1835 Abs. 2 würde es jedoch auch genügen, wenn ein Vormund für eine Tätigkeit, die er an sich auch selbst hätte vornehmen können, nach reiflicher Überlegung aus Sicherheitsgründen sich berechtigterweise (vgl. § 670 BGB) einer Hilfskraft bedient hätte. Dies würde beispielsweise der Fall sein, wenn ein Landarzt als Vormund zu der Operation seines Mündels einen Chirurgen hinzuzieht, oder wenn sich ein Vormund für einen Prozeß, in dem die Vertretung durch einen Anwalt nicht unbedingt erforderlich wäre, einen Anwalt nimmt, um sich gegen etwaige Ersatzansprüche seines Mündels zu decken. (OLGE. 31, S. 415).

Anwaltsvormund, der zum Schutz der Kinder die elterliche Gewalt des anderen Elternteils beschränkt, beziehungsweise entzogen wissen wollte und aus diesem Grunde mit ausführlicher Begründung einen diesbezüglichen Antrag gestellt und im Verfolg der Sache einige Schriftsätze gefertigt und eine Reihe von Terminen wahrgenommen hatte, nur die Antragsgebühr zuerkannt und alle anderen Gebühren gestrichen. Das Gericht erwog, daß ein einmaliger Antrag genügt haben würde, um seine Tätigkeit zu veranlassen, das weitere Verfahren hätte gemäß § 12 FGG. dem Gericht überlassen werden können und das Erscheinen des Vormunds zu den Vernehmungsterminen sei nicht unbedingt erforderlich gewesen. Die fraglichen Dienste habe der Vormund nicht als Anwalt geleistet.

Diesen Standpunkt des Amtsgerichts Darmstadt II bekämpft Langenbach a. a. O. mit der Begründung, daß das Gericht nicht zu beurteilen habe, wie der Anwalt das Interesse seiner Partei wahrnehme. Es sei Sache des Anwalts, wieviele Termine er wahrnehmen und wieviele Schriftsätze er anfertigen wolle. Wenn das Gericht die Gebühr für die Antragstellung anerkenne, dann bestätige es damit, daß der Vormund anwaltlich tätig gewesen sei, d. h. daß für die Antragstellung die Kenntnisse eines Laienvormunds nicht ausgereicht hätten. Was aber für die Antragstellung gelte, müsse notwendig auch für das ganze Verfahren gelten. Dem kann im Ergebnis zugestimmt werden. Der leitende Gesichtspunkt des § 1835 Abs. 2 ist, um es nochmals für diesen Fall hervorzuheben, der, daß der für seinen Mündel in seinem Berufe tätig werdende „Anwalt-Vormund" ebenso gestellt werden soll, als wenn er von einem „Laien-Vormund" für den Mündel mit dieser selben Tätigkeit beauftragt worden wäre. Der Mündel soll also daraus, daß er zufällig einen Anwalt als Vormund hat, keine Vorteile ziehen. Wenn man diesen Gesichtspunkt auf den vorliegenden Fall anwendet, kommt man zu dem Ergebnis, daß der Anwalt-Vormund seine Tätigkeit voll bezahlt verlangen kann. Denn normalerweise wird keiner einen Anwalt beauftragen, nur den Antrag auf Entziehung der elterlichen Gewalt zu stellen und im übrigen das weitere Verfahren gemäß § 12 FGG. dem Gericht überlassen. Sondern der Auftrag wird wohl stets dahin lauten, dafür zu sorgen, daß die elterliche Gewalt entzogen werde. Inwiefern der weitere

von Langenbach a. a. O. zur Begründung seiner Stellungnahme herangezogene Gesichtspunkt, daß nämlich der Anwalt-Vormund anderenfalls nur über alle die Umstände, die im Antrag enthalten seien, gemäß § 300 RStGB. zum Schweigen verpflichtet sei, da er ja nur hier als Anwalt tätig gewesen sei, erheblich sein soll, vermag ich nicht einzusehen. Wenn der Anwaltvormund eben nicht für den Mündel in seinem Beruf tätig ist, sondern nur rein verwaltende Tätigkeit ausübt, dann ist er auch nicht nach § 300 RStGB. zum Schweigen verpflichtet, sondern ist insoweit nur an sein Takt- und Anstandsgefühl gebunden. Das ist aber doch noch kein Grund, daraufhin seine verwaltende Tätigkeit als berufliche anzusehen und ihn für diese Tätigkeit zu bezahlen. Umstände, an deren Geheimhaltung seinem Mündel gelegen ist, wird er auch bei seiner verwaltenden Tätigkeit genügend erfahren. Der weiter von Langenbach a. a. O. vertretenen Ansicht, daß dem Anwaltvormund, wenn er durch wirkliche juristische Tätigkeit, also in Fällen, in denen ein gewissenhafter Laienvormund einen Anwalt hinzugezogen haben würde, einen Prozeß vermeidet, gemäß § 1835 Abs. 2 BGB. diese Tätigkeit als Aufwendung zu vergüten ist, stimme ich ohne weiteres zu. Diese Frage hat das Kammergericht [29]) gestreift, eine Entscheidung aber nicht getroffen, sondern ausgeführt, daß diese Frage „im vorliegenden Falle keiner Erörterung bedürfe". Nach der Fassung seiner Ausführungen scheint das Kammergericht jedoch ebenfalls dazu zu neigen, diese Frage zu bejahen.

§ 4. Die Zeitversäumnis ist keine Aufwendung.

Sehr bestritten ist die Frage, ob Zeitversäumnis unter den Begriff der Aufwendungen fällt und somit dem Vormund zu ersetzen ist. Zuzugeben ist zunächst, daß eine Aufwendung vorliegt, wenn der Vormund für die Zeit, während der er für den Mündel tätig ist, eine Hilfskraft an seine Arbeitsstelle stellen muß, die er seinerseits bezahlt [30]). Denn dann wendet er tatsächlich vorsätzlich einen Vermögenswert, den Lohn für seinen Stellvertreter, auf. Anders

[29]) KGI. 45, S. 58.

[30]) Kipp-Wolff, Familienrecht, § 117 Abs. 2 (15.—17. Aufl.), Planck, Bem. 2b zu § 1835.

liegt jedoch der Fall, wenn eine Zeitversäumnis, durch die der Vormund einen Verdienstausfall erleidet, eintritt, ohne daß Kosten für einen Stellvertreter entstehen. Fuchs a. a. O. § 1835 c und Engelmann-Keidel § 1835 Anm. e vertreten allerdings den Standpunkt, daß ein durch Zeitversäumnis herbeigeführter Verdienstausfall des Vormundes als Aufwendung zu betrachten sei, da die Aufwendung von Zeit wirtschaftlich einer Vermögensminderung völlig gleichkomme, besonders bei Personen, bei denen nach der Art ihrer Beschäftigung ein bestimmter Zeitabschnitt einem bestimmten Geldbetrag völlig gleichstehe, z. B. bei einem nach Stundenlohn beschäftigten Arbeiter, bei dem also tatsächlich „Zeit Geld ist". Daher sei in diesem Fall die verlorene Zeit als Aufwendung im Sinne des § 1835 BGB. anzusehen. Engelmann-Keidel berufen sich unter anderem vor allem auf RGE. 21, S. 353. Das Reichsgericht hat hier allerdings ausgesprochen, daß Einbuße an regelmäßigem Gewinn durch Zeitverlust völlig im Einklange mit dem Begriff der Auslage stände.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie steht auch im strikten Widerspruch zu der in neueren Entscheidungen ebenfalls vom Reichsgericht (vgl. S. 11) vertretenen Definition der Aufwendungen. Denn einen Vermögensteil vorsätzlich aufopfern kann ich nur aus dem Vermögen, das ich im Zeitpunkt der Aufopferung tatsächlich habe. Ein nur in sicherer Aussicht stehender Arbeitsverdienst gehört aber nicht zu meinem Vermögen. Er kann auch niemals Bestandteil meines Vermögens werden, wenn ich die für den Verdienst aufzuwendende Arbeitszeit versäumt habe. Das Reichsgericht will hier aber auch garnicht den Begriff der „Auslage" schlechthin, sondern nur den Begriff der „Auslage" eines Rechtsanwalts im Sinne der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmen. Diese beiden Auslagenbegriffe sind aber nicht identisch. Das ersieht man aus § 1 der Gebührenordnung, wo von „Vergütung" gesprochen wird, worunter die gesamten Ansprüche des Anwalts, also auch seine Auslagenansprüche gemeint sind. Des weiteren geht es daraus hervor, daß die Gebührenordnung dem Anwalt unter dem mit der Überschrift „Auslagen" an Tagegeldern, Fuhrkosten usw. versehenen Abschnitt eine Pauschalsumme zuerkennt, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm tatsächlich in dieser selben Höhe entstanden sind oder nicht. Unter Auslagen

im Sinne der Gebührenordnung ist daher etwas anderes zu verstehen, als im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kochmann[31]) vertritt den Standpunkt, daß unter die „notwendigen Auslagen" im Sinne des § 471 StPO. auch die Zeitversäumnis falle. Er begründete seinen Standpunkt damit, daß er auf eine entsprechende Regelung in § 91 ZPO. verweist und vor allem hervorhebt, daß der Begriff „Auslagen" ein wirtschaftlicher Begriff sei und daher nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bewerten sei. Ein Arbeiter, der durch Zeitversäumnis vier Mark Lohnausfall habe, sei eben um diesen Betrag ärmer geworden und es sei unbillig, ihm diesen Betrag nicht zu erstatten. Wenn Kochmann a. a. O. unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte unter die Auslagen die Zeitversäumnis rechnen will, dann gibt er damit zu, daß der Rechtsbegriff der Auslage den Verdienstentgang wegen Zeitversäumnis nicht mitumfaßt. Er kommt also zu einer analogen Anwendung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte bzw. Billigkeitserwägungen. Diese Gesichtspunkte mögen in dem von Kochmann angeführten Fall, wo es sich darum handelt, dem obsiegenden Privatkläger, also demjenigen, dem ein Unrecht zugefügt ist, durch die Privatklage keinerlei Nachteile erleiden zu lassen, von Bedeutung sein. Sie können aber keine Anwendung finden bei den dem Vormund zu ersetzenden Aufwendungen. Hier ist kein Raum für analoge — also weitherzige — Auslegung[32]), sondern es muß streng an dem Rechtsbegriff der Aufwendungen festgehalten werden. Anderenfalls würde man das Hauptprinzip der Vormundschaft, nämlich das Prinzip der unentgeltlichen Führung des vormundschaftlichen Amtes, stark durchbrechen[33]). Es ist daher daran festzuhalten, daß Verdienstausfall durch Zeitversäumnis nicht unter den Begriff der Aufwendungen gebracht werden kann. Denn eine Auf-

[31]) Kochmann in DIZ. 1907, S. 355 ff.

[32]) Daß die Auffassung, Verdienstausfall wegen Zeitversäumnis falle unter den Begriff der Aufwendungen, nur auf einer weitherzigen Auslegung des Begriffs der Aufwendungen beruht und sich nicht ohne weiteres aus dem Begirff der Aufwendung ableiten läßt, gibt auch Fuchs (a. a. O. § 1835 c) zu. Das ergibt sich schon daraus, daß er die Zeitversäumnis nur wegen des gleichartigen wirtschatlichen Endergebnisses unter die Aufwendungen fallen läßt.

[33]) Scherer, Familienrecht des BGB. Nr. 810.

wendung, d. h. eine vorsätzlich herbeigeführte Vermögensminderung liegt — wie gesagt — nur dann vor, wenn aus dem tatsächlich vorhandenen Vermögen etwas weggegeben wird. Eine, wenn auch noch so bestimmte Anwartschaft auf einen Vermögenserwerb ist noch kein Vermögen. Vor allen Dingen liegt aber auch gar keine Veranlassung vor, die Zeitversäumnis als Aufwendung aufzufassen, wie es bei den „notwendigen Auslagen" der StPO. und bei den Auslagen des Anwalts der Fall sein mag. Denn eine derartige Einbuße wird stets bei der Festsetzung des Vergütungsanspruches zu berücksichtigen sein, so daß unbillige Härten ohne weiteres vermeidbar sind.

§ 5. Unter den Begriff der „Aufwendungen" fallen nicht die Schäden, die der Vormund bei der Führung der Vormundschaft erleidet.

Im Anschluß an die im § 2 aufgestellten Begriffsmerkmale der „Aufwendungen" soll nunmehr untersucht werden, ob der Vormund unter dem Gesichtspunkt der Aufwendungen auch die Schäden ersetzt verlangen kann, die er bei der Führung der Vormundschaft erleidet. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß § 1835 BGB. in seiner Vorschrift, daß der Vormund vom Mündel seine Aufwendungen ersetzt verlangen kann, auf die entsprechenden Bestimmungen des Auftrags (§§ 669, 670 BGB.) verweist. Der hier in Frage kommende § 670 BGB. bestimmt, daß der Beauftragte vom Auftraggeber Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann. Der in beiden Gesetzesstellen vorkommende Begriff der Aufwendungen ist wesensgleich, so daß das über den Begriff „Aufwendungen" bereits Gesagte sowie noch zu erörternde sowohl für die Aufwendungen des Beauftragten wie für die des Vormundes gilt.

a) Regelung im römischen und deutschen Recht.

Die Frage, ob dem Beauftragten auch solche Schäden vom Auftraggeber zu ersetzen sind, die den Beauftragten ohne Verschulden des Auftraggebers treffen, war schon im römischen Recht streitig.

Den Grund für diesen Streit bildeten zwei Digestenstellen, die sich widersprachen. Die eine Stelle stammt von Paulus [34]), die andere von Africanus [35]). Die Kontroverse dieser beiden Stellen besteht darin, daß Paulus die Haftung des Auftraggebers für den dem Beauftragten bei Ausführung des Auftrages entstehenden Schaden davon abhängig machen will, ob er die gefährdenden Ursachen kennt, während Africanus den Auftraggeber unabhängig von dieser Kenntnis haften läßt, weil er den Vorteil von dem Handeln des Beauftragten hat.

Die Praxis der Glossatorenzeit kam im Sinne des Africanus zu einer weitgehend günstigen Auffassung für den Mandatar, doch hat der größte Teil der Pandektenliteratur sich der Auffassung des Paulus angeschlossen und die Haftung des Mandatars für zufällige Schäden abgelehnt. Nach deutschem Rechtsgrundsatz hatte der, den bei Ausführung einer vertragsmäßigen Verpflichtung im Interesse eines anderen ein Schaden traf, einen Anspruch auf Ersatz gegenüber demjenigen, zu dessen Vorteil er tätig geworden war (z. B. Sachsenspiegel III, 6, § 3). Dieser deutschrechtliche Grundsatz, der sich im code civil Art. 2000 erhalten hat, ist durch die Rezeption des römischen Rechts verschwunden.

b) Die Stellungnahme der Gesetzesmaterialien, Folgerungen hieraus.

Es läge nun nahe, anzunehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch diese Streitfrage entschieden hätte, oder daß zum mindesten bei der Redaktion des BGB. zu dieser Frage entscheidend Stellung genommen wäre. Bei der Schaffung des BGB. wurde aber nicht etwa an eine der bestehenden Meinungen oder an ein der inzwischen zahlreich entstandenen Partikularrechte angeknüpft, sondern die Motive zum BGB. [36]) lehnen in Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, welchen der Beauftragte zufällig bei Ausführung des Auftrages erleidet, „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle“ eine Entscheidung

[34]) I. 26 § 6, D. mand. 17, I.
[35]) I. 62 § 5, D. de furt. 47, 2.
[36]) vgl. Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB. II, S. 302 zu § 595.

durch das Gesetz ab. Bei der Beratung des Entwurfs wurde beantragt, dem § 595 als Abs. 4 eine Vorschrift folgenden Inhalts anzufügen [37]):

„Für Verluste, welche der Beauftragte aus Gefahren erleidet, die nach dem (bestimmten) Inhalte des Auftrages von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind, hat der Auftraggeber dem Beauftragten Ersatz zu leisten." Dieser Antrag wurde von der Mehrheit der Kommission abgelehnt. Die Ablehnung des Antrages erfolgte jedoch aus verschiedenen Gesichtspunkten heraus.

In den einzelnen Begründungen der Ablehnung spiegeln sich klar die verschiedenen Rechtsauffassungen, auf die schon die Motive a. a. O. hinweisen, wieder. Es lassen sich drei Gruppen von Ablehnungsgründen bilden. Die eine Gruppe argumentiert so, daß es nicht der Auffassung des Lebens entspreche, wenn der Beauftragte unter allen Umständen Ersatz des durch die Geschäftsbesorgung verursachten Schadens verlangen könne. Es werde vielfach davon abhängen, inwieweit die Parteien sich bei Vertragsschluß über den Schaden, der eventuell eintreten könnte, klar gewesen wären, oder ob nur eine Partei den drohenden Schaden habe voraussehen können. Diesen Ausführungen liegt offenbar die Ansicht zugrunde, daß entweder für Verschulden zu haften ist, oder aus einer stillschweigenden v e r t r a g l i c h e n Abrede. Das geht aus den Ausführungen klar hervor. Denn wenn die Kenntnis der möglichen Gefahren bei Vertragsschluß maßgebend sein soll, dann kann das nur soviel heißen: Entweder der Auftraggeber hat s c h u l d h a f t die Gefahr dem Beauftragten nicht angezeigt. Dann haftet er für dieses Verschulden nach den allgemeinen Gesichtspunkten, oder der Beauftragte hat die Gefahr gekannt, so daß er damit auch das Risiko übernommen hat. Haben beide die Gefahr gekannt, dann ist es Auslegungsfrage, wer das Risiko übernommen

---

[37]) Es war allerdings zunächst folgender Antrag gestellt worden: Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten für die Verluste, welche dieser unmittelbar durch die Geschäftsbesorgung oder aus Gefahren erleidet, die von derselben unzertrennlich sind, Ersatz zu leisten. Der Unterschied dieser beiden Anträge besteht im wesentlichen darin, daß in diesem das Wort „unmittelbar" eingefügt ist. Die Antragsteller dieses Antrages verzichteten jedoch vor der Abstimmung zu Gunsten des oben angeführten Antrags.

hat. Die Gefahrtragung ist damit stillschweigend Gegenstand des Vertrages geworden. Es wird hier also mit einer stillschweigend oder ausdrücklich neben dem Auftrag hergehenden Nebenabrede argumentiert.

Eine zweite Gruppe hält den Begriff der Aufwendungen weitfassend genug, um in den meisten Fällen zu dem Ziele des gestellten Antrags zu kommen. Diese Gruppe rechnet also die meisten Schäden zu den Aufwendungen und erkannte damit insoweit die Haftung des Auftraggebers an. Die dritte Gruppe endlich bestreitet, daß der Begriff der Aufwendungen die Schäden mit umfasse. Sie lehnt den Antrag ab, weil der Auftraggeber sich in der Regel nicht werde weiter als zu Aufwendungen in ihrem Sinne verpflichten wollen, da er sonst für unberechenbare Verluste werde eintreten müssen. Als vierte Gruppe ist noch die Ansicht der Antragsteller selbst anzuführen. Diese standen, wie sich aus ihrem Antrag ergibt, auf dem Standpunkt, daß der Begriff der Aufwendungen den Schaden nicht mitumfasse.

Aus der Ansicht dieser vier Gruppen läßt sich folgendes schließen: Die erste und die dritte Gruppe wollten die Haftung für zufällige Schäden überhaupt nicht. Die zweite Gruppe wollte sie auch nicht in vollem Umfange, sondern nur insoweit, wie sie der von ihr weiter aufgefaßte Begriff der Aufwendungen umfaßte. Das beweist der Satz [38]): „... weil die allgemeinen Grundsätze über den Ersatz von Aufwendungen in vielen Fällen zu dem Ziele führen würden, welches der abgelehnte Antrag verfolge". Die vierte Gruppe der Antragsteller wollte selbstverständlich gemäß ihrem Antrag die Haftung des Auftraggebers.

Der übereinstimmende Wille der drei ersten Gruppen und das Endergebnis ist also, daß die Kommission die Aufnahme einer Bestimmung in das Gesetz, durch die der Beauftragte ausdrücklich zum Ersatz der dem Beauftragten zufällig zustoßenden Schäden verpflichtet werden sollte, nicht wollte. Mehr läßt sich m. E. hieraus zunächst nicht schließen. Isay [39]) zieht aus diesen Äußerungen etwas andere Schlüsse. Die Kommission hätte entweder in Wahrung ihres Standpunktes aussprechen müssen, daß der Auf-

[38]) Mugdan, a. a. O., S. 953 zu § 595.
[39]) Isay, Geschäftsführung, S. 155/56.

traggeber solche Aufwendungen nicht zu tragen habe, oder sie hätte, wenn sie ihn zum Ersatz solcher Aufwendungen verpflichten wollte, den Antrag annehmen müssen. Die Verwerfung des Antrages spreche deutlich genug, um zu zeigen, welches die wirkliche Meinung der Kommission gewesen sei. Sie habe eben die Haftung des Mandanten für Verluste des Mandatars nicht wollen. Diese Folgerung würde richtig sein, wenn sie dahin verstanden werden könnte: die Kommission habe die Haftung des Mandanten für Verluste des Mandatars in der Form dieses Antrages nicht gewollt. Dieses meint Isay aber nicht, sondern er will damit sagen, sie habe eine Haftung des Mandanten überhaupt nicht gewollt, auch nicht, soweit sie etwa mit unter die „Aufwendungen" fallen sollten. Das geht daraus hervor, daß er kurz vorher [40]) folgendes feststellt: „Was den hier an erster Stelle wiedergegebenen Grund anbelangt, daß der Antrag überflüssig sei, weil schon an sich alle Verluste unter den Begriff der Aufwendungen fielen, so ist schwer zu sagen, wie dieser Grund ernsthaft gemeint sein konnte. Die Unrichtigkeit seiner Voraussetzung bedarf keines Nachweises, es ist zweifellos, daß Verluste der in Frage stehenden Art keine Aufwendungen sind." Isay geht hier auf die Auffassung der zweiten Gruppe ein. Es sei zunächst darauf hingewiesen, daß die zweite Gruppe durchaus nicht der Ansicht war, daß alle Verluste — wie Isay ausführt — unter den Begriff der Aufwendungen fielen. Sondern sie war lediglich der Ansicht, daß die allgemeinen Grundsätze über den Ersatz von Aufwendungen in vielen Fällen zu dem Ziele führen würden, welches der abgelehnte Antrag verfolge. Wieweit nach den allgemeinen Grundsätzen über den Ersatz von Aufwendungen die Haftung des Mandanten geht, muß erst untersucht werden. Es ist aber nicht, wie Isay a. a. O. feststellen zu müssen glaubt, zweifellos, daß Verluste der fraglichen Art nicht unter den Begriff der Aufwendungen fallen, worauf auch Brückmann [41]) hinweist. Isay geht hier von einer Feststellung aus, die erst hätte bewiesen werden müssen. Das bisher gewonnene Ergebnis ist also, daß die Kommission eine weitgehendere Haftung des Mandanten als für Aufwendungen nicht

[40]) Isay a. a. O., S. 155.

[41]) Brückmann, Rechte d. Geschäftsführers ohne Auftrag, S. 196 Anm. 1.

wollte. Wenn die Kommission lediglich eine Haftung des Auftraggebers für Aufwendungen wollte, so liegt zunächst die Frage nahe, was die Kommission unter dem Begriff „Aufwendungen" verstanden wissen will. Da ein Beschluß hierüber nicht gefaßt worden ist, so soll untersucht werden, ob sich aus dem Kommissionsbericht ein Schluß ziehen läßt, wie die Kommission den Begriff der Aufwendungen aufgefaßt wissen wollte. Die zweite der oben angeführten Gruppe hatte sich dahin geäußert, daß der Begriff der Aufwendungen größtenteils die Schäden mitumfassen werde, während die dritte und vierte Gruppe sich dagegen ausgesprochen hatten. Die erste Gruppe hingegen hat sich über ihre diesbezügliche Auffassung überhaupt nicht geäußert. Sie hat lediglich auf die Kenntnis der Parteien von der möglicherweise drohenden Gefahr abgestellt. Die Grundlage für eine Gefahrtragung dieser Art bildet aber nicht der Umstand, daß die daraus entstandenen Schäden von dem Begriff der Aufwendungen mitumfaßt werden, sondern, wie schon dargelegt wurde, eine stillschweigende Vertragsabrede oder ein Verschulden. Es standen sich also bezüglich der Auffassung über den Begriff der Aufwendungen nur die Meinungen der Gruppe 2 und 4 einerseits und die der Gruppe 3 andererseits gegenüber. Die Kommission hat es nun nicht für nötig befunden, hierzu Stellung zu nehmen, sondern hat sich mit der Ablehnung der gestellten Anträge begnügt. Daher läßt sich nicht feststellen, in welchem Sinne die Kommission den Begriff der Aufwendungen aufgefaßt wissen wollte [42]). Irgendwelche Gesichtspunkte für die Beurteilung dieses Begriffes lassen sich also aus den Äußerungen dieser Kommission nicht herleiten. Es bleibt vielmehr mit der Ablehnung dieses Antrages die Äußerung der Motive [43]) bestehen, daß wegen der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht am Platze sei. Damit hat aber die Kommission die Interpretation des Begriffs Aufwendungen der Wissenschaft und Praxis überlassen [44]). Wenn Böckel [45]) diesen Ausführungen Brückmanns ent-

[42]) vgl. Brückmann a. a. O., S. 192.

[43]) Motive II, S. 541.

[44]) Brückmann a. a. O., S. 192, RGE. 94, S. 172.

[45]) Böckel, die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten im Arch.f.ziv.Praxis, Bd. 96, S. 398/99.

gegentritt und ausführt, daß im Falle des § 670 BGB. der Begriff der Aufwendungen ebenso aufzufassen sei wie im sonstigen Bereiche des Gesetzes und für das Rechtsinstitut der Aufwendungen im allgemeinen feststellt, daß es sich überall dem Sprachgebrauche anschließe, so setzt er m. E. lediglich an die Stelle von Brückmanns Ausführungen (a. a. O.) nur andere Worte ein. Denn mit dem „Sprachgebrauch", aus welchem Böckel a. a. O. den Begriff der Aufwendungen bestimmen will, kann er doch nur den juristischen Sprachgebrauch meinen, da nicht anzunehmen ist, daß er etwa für die Bestimmung des Begriffs der Aufwendungen im BGB. den Sprachgebrauch von Provisionsreisenden oder dgl. bezüglich ihrer Aufwendungen für maßgebend erachten will. Ein juristischer Sprachgebrauch wird aber durch die Rechtswissenschaft und durch die Praxis der Gerichte herausgebildet, vorausgesetzt natürlich, daß es überhaupt möglich ist, von einem Sprachgebrauch, der zum mindesten eine einigermaßen übereinstimmende Anschauung bei der Mehrzahl der Judikatur und Literatur bedingt, zu sprechen. Mir erscheint daher im Endergebnis die Ansicht Böckels a. a. O. und Brückmanns a. a. O. durchaus vereinbar. Ob es tatsächlich möglich ist, von einem solchen Sprachgebrauch in Literatur und Praxis zu sprechen, soll noch untersucht werden. Es ist also als Ergebnis daran festzuhalten, daß die Gesetzesmaterialien den Begriff der Aufwendungen nicht festlegen und daß sich aus ihnen daher auch keine Schlüsse zu der Frage dieses § 5 ziehen lassen. Wenn aber der Gesetzgeber zu einem Begriff keine entscheidende Stellung nimmt, dann überläßt er, wie Brückmann a. a. O. mit Recht ausführt, die Interpretation dieses Begriffes notwendigerweise der Literatur und Praxis [46]).

c) Auszuscheidende Tatbestände.

Bevor jedoch die Stellungnahme der Literatur und Judikatur zu dem Begriff der Aufwendungen erörtert wird, sollen noch einige nicht zum Thema dieses § 5 gehörende Tatbestände ausgeschieden werden.

[46]) RGE. 94, S. 171.

Es handelt sich um folgende Tatbestände:

1. Der Auftraggeber hat die beim Vertragsabschluß ihm allein erkennbare und von ihm erkannte Gefahr dem Beauftragten nicht mitgeteilt.
2. Nur der Beauftragte hat beim Vertragsabschluß die Gefahr erkannt und trotzdem den Auftrag übernommen.
3. Beide haben die Gefahr beim Vertragsabschluß erkannt, haben sie aber stillschweigend übergangen.

Mit der Beantwortung der Frage, wer bei Eintritt eines Schadens bei dieser Sachlage den Schaden zu tragen habe, beschäftigt sich fast die gesamte einschlägige Literatur[47]). Es ist Oertmann darin zuzustimmen, daß, wenn der Schaden bei Vertragsabschluß voraussehbar ist und der Auftraggeber nur allein die Gefahr kannte, ohne sie dem Beauftragten mitzuteilen, dieser schuldhaft handelt und nach allgemeiner Regel gemäß §§ 276, 823 BGB. haftet. Kennt nur der Beauftragte allein die Gefahr, so ist es seine Sache, den Auftrag entweder abzulehnen oder dem Auftraggeber Mitteilung zu machen. Tut er beides nicht, so hat er damit die Gefahr und damit natürlich auch die daraus entstehenden Schäden stillschweigend übernommen. Kennen beide die Gefahr, so ist gemäß § 157 BGB. zu beurteilen, wer von den beiden, der Auftraggeber oder der Beauftragte, die Gefahr und damit das Risiko übernommen hat. Es ist weiter selbstverständlich, daß, wie Böckel[48]) feststellt, der Beauftragte für eigenes Verschulden auch allein einzutreten hat, oder wie von anderer Seite[49]) angeführt wird, daß der Auftraggeber, wenn er einen anderen zu einer Handlung auffordert, die offensichtlich mit Gefahr verbunden ist, damit gemäß § 157 BGB. auch die Haftung für Schäden mit übernimmt. Diese Erwägungen gehören jedoch nicht zu der in diesem § 5 zu behandelnden Frage. Die Entscheidung dieser Frage ergibt sich ohne weiteres aus allgemeinen Gesichtspunkten. Es handelt sich hierbei teils darum, daß eine Vertragspartei ein Verschulden trifft, teils darum, ob von der einen oder anderen Vertragspartei die Gefahrtragung vertraglich übernommen ist. Diese Fragen bilden aber

[47]) vgl. Oertmann zu § 670, Anm. 3.
[48]) Böckel a. a. O., S. 395.
[49]) RG. in Jur.Woch. 1914, S. 676, Nr. 4.

keine Besonderheit und haben mit der Frage, ob der Begriff der Aufwendungen die Schäden mitumfaßt, nichts zu tun. Dies sind allgemeine, in allen Rechtsgebieten auftretende Fragen des Verschuldens und der Vertragsauslegung. Daß ein jeder für sein Verschulden haftet oder seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten hat, ist selbstverständlich. Wenn es nur Fälle der angeführten Art gäbe, wäre es sicher nicht nötig, sich mit der Frage nach dem Ersatz der Schäden überhaupt zu befassen. Eine Haftung nach diesen Gesichtspunkten würde sogar eintreten, wenn im § 670 BGB. ausdrücklich bestimmt wäre, daß der Auftraggeber für zufällige Schäden des Beauftragten nicht hafte. Denn hier haftet er nach den besonderen, unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vertragsabreden, die im Gebiet des Obligationsrechts zur Abänderung gesetzlicher Bestimmungen möglich sind, oder er haftet aus dem besonderen Rechtsgrunde des Verschuldens. Diese Haftungsgründe sind streng von der hier behandelten Frage, ob Schäden unter den Begriff der Aufwendungen fallen, zu trennen. Sie beruhen, wie dargelegt, auf ganz anderer Grundlage. Sie mögen auch für das spezielle Gebiet des Auftrags von besonderer Bedeutung sein. Für die Frage, ob dem Vormund Schäden, die er bei der Führung der Vormundschaft erleidet, zu ersetzen sind, kommen sie aber deshalb nicht so sehr in Betracht, weil das Verhältnis zwischen Mündel und Vormund in dieser Beziehung nicht ohne weiteres mit dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten vergleichbar und jedenfalls nicht derart ist, daß die erwähnten besonderen Abreden über die Gefahrtragung rechtsgültig zwischen Vormund und Mündel bestehen könnten. Bei Verschulden des Mündels für Schäden, die den Vormund treffen, würde jener allerdings bei Vorliegen des für die zivilrechtliche Haftung nötigen Alters zu haften haben.

d) Stellungnahme der Literatur und Praxis zu dem Begriff der Aufwendungen.

Nach Ausscheiden dieser besonderen Haftungsgründe kann nunmehr nach den im § 5 b aufgestellten Gesichtspunkten untersucht werden, wie die Literatur und Judikatur den Begriff der Aufwendungen definiert hat. Von nahezu der gesamten einschlägigen

Literatur und Judikatur [50]) wird Aufwendung als vorsätzlich und bewußt herbeigeführte Vermögensminderung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, Schaden dagegen als ein unfreiwilliges Vermögensopfer definiert. Die Literatur und Judikatur unterscheidet also zwischen Schaden und Aufwendung.

Daß ein Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung besteht, ergibt sich auch aus der verschiedenartigen Natur der Ersatzansprüche der §§ 249 ff. gegenüber §§ 256 ff. [51]). Der Schadensersatzanspruch geht auf die Differenz in der gesamten Vermögenslage des Geschädigten, wie sie sich vor und nach dem Schadensfalle darstellt, und zwar unter Berücksichtigung der Gestaltung, die sie ohne den Schadenseintritt haben würde. Der Regreßanspruch dagegen geht nur auf den Wert dessen, was der Beauftragte aufgewendet hat, und zwar zur Zeit der Aufwendung. Schaden und Aufwendung ist also etwas verschiedenes.

Da nahezu die gesamte Literatur und Judikatur, die ja nach den in § 5 b gemachten Feststellungen den Begriff der Aufwendung definieren sollte, einen Unterschied zwischen Aufwendung und Schaden macht, so steht damit fest, daß Schäden nicht mit unter den Begriff der Aufwendungen fallen. Hieraus folgt, daß der Vormund Schäden, die er bei der Führung der Vormundschaft erleidet, nicht ersetzt verlangen kann. Denn der Vormund kann gemäß §§ 1833, 670 BGB. nur seine Aufwendungen ersetzt verlangen. Eine andere rechtliche Grundlage hat er nicht für seinen Anspruch. Alles, was nicht unter den Begriff der Aufwendungen fällt, kann er daher auch nicht ersetzt verlangen.

Mit der Feststellung, daß Schaden und Aufwendung zwei verschiedene Begriffe sind, ist aber noch nicht festgestellt, wann eine Aufwendung vorliegt und wann nicht. Der Umfang des Begriffs Aufwendungen soll jedoch erst unter § 5 e festgestellt werden. Zunächst soll noch zu der Ansicht Brückmanns a. a. O., der den zufälligen Schaden unter den Begriff der Aufwendungen zu bringen sucht und einen begrifflichen Unterschied zwischen Scha-

[50]) Planck, Anm. 5 zu § 670, Staudinger, Anm. 6 zu § 670, Enneccerus, Schuldverhältnisse § 383 Anm. 3, OLG. Stuttgart in OLGE. 14 S. 58, RGE. 75 S. 212, 94 S. 169 ff., 98 S. 199. Fuchs, Anm. 2 a zu § 1835.

[51]) Böckel a. a. O., S. 405, Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 670 b, d.

den und Aufwendungen nicht gelten lassen will, Stellung genommen werden. Brückmann geht davon aus, daß der Begriff der Aufwendungen durch die Literatur und Praxis zu bestimmen sei. Die Literatur und Judikatur, womit natürlich nur die übereinstimmende Meinung der herrschenden Literatur und Judikatur im Sinne des oben unter § 5b angeführten „Sprachgebrauchs" gemeint sein kann, hat jedoch den Unterschied von Aufwendung und Schaden, wie gezeigt, aufrechterhalten. Brückmann steht also mit seiner Meinung vereinzelt da, wenn man davon absieht, daß andere Schriftsteller den Auftraggeber zwar auch haften lassen wollen, aber ganz andere Wege, z. B. Dernburg[52]) auf Grund von Treu und Glauben, einschlagen. Man könnte Brückmanns Ansicht durch die Feststellung widerlegen, daß die Literatur und Praxis, die ja den Begriff der Aufwendungen nach seiner eigenen Ansicht ausfüllen soll, sich auf einen anderen Standpunkt gestellt und den Unterschied von Schaden und Aufwendung aufrechterhalten hat. Damit würde in konsequenter Anwendung seiner eigenen These, daß der Begriff der Aufwendungen von der Literatur und Praxis bestimmt werden soll, feststehen, daß die von ihm vorgenommene Gleichstellung der Begriffe Aufwendung und Schaden vereinzelt dasteht und somit höchstens als Vorschlag zu werten ist. Aber auch sachlich ist seinen Ausführungen, womit er die Gleichstellung der Begriffe Aufwendung und Schaden begründen will, nicht zuzustimmen. Brückmann[53]) weist darauf hin, daß der Gesetzgeber einen Unterschied mache zwischen den Voraussetzungen der gültigen Übernahme und der gültigen Ausführung der Geschäftsführung. Er führt weiter aus, daß bei der Übernahme das zu führende Geschäft seinem ganzen, unter Umständen sehr komplizierten Inhalt nach noch nicht in dem Bewußtsein des Geschäftsführers leben könne. Er will dadurch beweisen, daß es nicht möglich sei, dadurch einen Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung zu machen, daß man bei der Aufwendung auf den Willen des Beauftragten abstelle, da dieser bei der Übernahme des Auftrags oftmals noch gar nicht überblicken könne, ob und welche Vermögensopfer der Auftrag von

[52]) Dernberg, Schuldverhältnisse, S. 297 III.
[53]) Dernburg, Schuldverhältnisse, S. 297 III.

ihm fordern werde, man also in vielen Fällen von einer bewußten oder gewollten Aufopferung gar nicht sprechen könne. Dieser absolut nicht zwingenden und überzeugenden Argumentation ist jedoch nicht beizutreten. Denn der allgemeine, auch in anderen Gesetzesstellen vorkommende Begriff der Aufwendungen ist unabhängig vom Auftrag bzw. von sonstwie neben ihm bestehenden Rechtsverhältnissen zu beurteilen. Es kommt garnicht darauf an, daß zur Zeit der Übernahme der Geschäftsführung der Wille des Beauftragten schon auf eine bestimmte Handlung und eine damit verbundene Vermögenseinbuße gerichtet ist.

Die Interpretation des Begriffs Aufwendungen als bewußte und gewollte Aufopferung stellt vielmehr natürlicherweise bezüglich des Willens auf die mit der Vermögensaufopferung verbundene einzelne Handlung ab[54]). Andernfalls würde man in sehr vielen Fällen überhaupt nicht mehr das Vorliegen von Aufwendungen annehmen können. Brückmann geht mit seinen Ausführungen also davon aus, daß dieser Wille schon bei der Übernahme des Auftrags vorhanden sein müsse. Dadurch trägt er in die angeführte Interpretation von außen ein fremdes, ihr gar nicht innewohnendes und vor allem gekünsteltes Moment hinein. Es ist ihm dann natürlich ein leichtes, diese Konstruktion ad absurdum zu führen. Wohin man mit Brückmanns Ansicht kommen würde, erhellt besonders an unserem Fall, in dem nicht dem Beauftragten, sondern dem Vormund Ersatz von Aufwendungen zustehen sollen. Dann müßte also der Wille des Vormunds nach der von Brückmann vertretenen Ansicht bei Übernahme der Vormundschaft auf sämtliche zukünftigen Aufopferungen von Vermögenswerten gerichtet sein, was natürlich nicht möglich wäre. Auch hieraus ergibt sich das Gekünstelte und Unhaltbare von Brückmanns Ausführungen. Es ist also bei der Frage, ob eine bewußte und gewollte Aufopferung von Vermögenswerten vorliegt, das Willensmoment stets auf die mit der Aufopferung verbundene einzelne Ausführungshandlung zu beziehen. Hiermit fällt aber auch die weitere Argumentation Brückmanns, wie sein dazu angeführtes Beispiel[55]) zeigen wird: Wer in Erfüllung seines

[54]) Oertmann, Schuldverhältnisse § 670 b (3./4. Aufl.).
[55]) Brückmann a. a. O., S. 197/98.

Auftrages eine Reise nach Paris unternehmen wolle, der habe zwar sicherlich eine große Reihe der durch sie notwendig werdenden Verwendungen bereits in seinem Willen aufgenommen: Reisegeld, ungefähre Pensionskosten, eine Summe für Vergnügungen u. dgl. In Paris trete aber an ihn die Notwendigkeit neuer, ungeahnter Aufwendungen heran. Er könne sich einem Kreise von Bekannten, in den ihn das Geschäft führe, nicht entziehen, ohne die ganzen Zwecke des Mandats zu gefährden. Er müsse seinen Aufenthalt um Wochen verlängern und verbrauche Tausende. Hier schütze ihn nur der Umstand, daß die Reise nach Paris an sich eine den Umständen nach erforderliche Ausführungshandlung wäre. Hätte er damals mit in seine Erwägungen auch die eingetretenen Folgen als möglich einstellen müssen, so würde er vielleicht für die Pariser Reise nicht Entlastung fordern dürfen. So aber dürfe er es auch für diejenigen Aufwendungen, die als Mandatsimpensen von ihm keineswegs ursprünglich gewollt wären. Daß sie dies später wären, könne keinen Unterschied begründen, weil dieser Wille für sich ihm Entlastung nicht verschaffen könne. Somit erschienen auch Aufwendungen im eigentlichen Sinne unter Umständen als zufällig und unvorhergesehen und könnten dennoch von dem Geschäftsführer in Ansatz gebracht werden. Der sie unmittelbar verursachende Wille sei jedenfalls im Rahmen des Mandats irrelevant.

Diese in Paris hinzugekommenen Ausgaben sind aber ebensogut bewußt und vorsätzlich gemacht, wie die zuerst angeführten Ausgaben für Reise, Pensionskosten usw. Denn der Wille war bei der betreffenden Ausführungshandlung auf die vorsätzliche Aufopferung im Interesse des Mandats gerichtet. Daß sie bei Übernahme des Mandats noch nicht zu übersehen waren, ist irrelevant, sie bleiben trotzdem Aufwendungen. Die Argumentation Brückmanns, daß der Geschäftsführer nur deshalb Ersatz verlangen könne, weil die Reise nach Paris an sich nötig gewesen sei, während er ihn nicht würde verlangen können, wenn er die in Paris nötig gewordenen Ausgaben vorausgesehen habe, ist auch unzutreffend, ganz abgesehen davon, daß Brückmann mit diesen Ausführungen nur die Frage entscheidet, ob die neuen in Paris hinzugekommenen Ausgaben erforderlich waren, nicht

aber, ob Aufwendung und Schaden identisch sind. Auch bei den neuen Ausgaben in Paris mußte sich der Geschäftsführer die Frage wieder vorlegen, ob er diese Ausgaben, an der Wichtigkeit des Auftrages gemessen, für erforderlich halten durfte. Bei Bejahung dieser Frage kann er diese Unkosten auch ersetzt verlangen, nicht, weil die Reise nach Paris an sich nötig war, denn bei Verneinung dieser Frage hätte er die Unkosten nicht aufwenden dürfen und umkehren müssen, sondern weil er sie bei Bezahlung, also auch hier wieder bei der Ausführungshandlung den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Wenn Brückmann[56]) weiter seine Ansicht damit stützen will, daß er sagt, der Wille des Handelnden sei lediglich auf das Primäre, die verursachende Aktion gerichtet, während die Vermögensverminderungen nur mit in den Kauf genommen würden, so stimmt das auch nicht. Denn angenommen, ich beauftrage jemand, für mich eine bestimmte Sache zu kaufen, dann müßte der Beauftragte die Unkosten einer etwa mit diesem Auftrag verbundenen Reise und den zu zahlenden Kaufpreis, den er auch tatsächlich zahlt, nicht wollen, sondern er soll sie nur als unvermeidlich in den Kauf nehmen. Dieselbe Willenseinstellung müßte der Beauftragte aber auch dann haben, wenn er von mir schon den nötigen Vorschuß erhalten hat oder gar für sich selbst kauft. Dieses Beispiel dürfte gezeigt haben, daß auch diese Argumentation Brückmanns nicht durchschlägt. Für absolut bedeutungslos halte ich jedoch die zur Stützung seiner Ansicht herangezogenen Stellen aus den Protokollen zum BGB., nachdem er vorher[57]) selbst erklärt hat, daß, wenn uns überhaupt irgendwo die Vorgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift nicht binde, so ganz sicherlich hier nicht. Die Anschauung Brückmanns, daß dem Beauftragten zustoßende zufällige Schäden vom Beauftragten als unter den Begriff der Aufwendungen fallend gemäß § 670 BGB. zu ersetzen seien, ist daher aus den dargelegten Gründen abzulehnen. Auch Oertmann[58]) nähert sich der Meinung Brückmanns, indem er ausführt, daß sich möglicherweise der Unterschied zwischen Aufwendung und

[56]) Brückmann a. a. O., S. 197.
[57]) Brückmann a. a. O., S. 193.
[58]) Oertmann, Schuldverhältnisse, § 670 b 3.

Schäden verflüchtigen könne. Es könne sein, daß die Übernahme eines Auftrages von vornherein, sei es nach seiner allgemeinen Natur oder nach der besonderen Sachlage, die Gefahr gewisser Schäden mit solcher Selbstverständlichkeit oder Wahrscheinlichkeit mit sich bringe, daß die unbefangene Auffassung sie ohne weiteres als Konsequenz der Auftragsübernahme werte. Derartige Schäden, die im Verkehr typisch berechenbar seien, erschienen damit als mit dem Auftrag innerlich zusammengehörig. Sie würden zu Unkosten, Spesen, deren Notwendigkeit sich aus dem Auftrag bereits als selbstverständlich oder doch ohne weiteres mit in den Kauf genommene Eventualität ergebe. So, wenn jemand ein Geschäft in einer von Räubern oder vom Fieber heimgesuchten Gegend übernehme. Warum solle das Lösegeld, das er den Räubern gebe, anders behandelt werden, als das Brückengeld, das er den Zöllnern zu zahlen habe? Beides erscheine gleichmäßig als Aufwendungen, die der Auftraggeber sinngemäß erstatten müsse. Diese Ausführungen Oertmanns erwecken den begründeten Verdacht, daß er hier einen Fall der besonderen vertraglichen Gefahrübernahme, wie er in § 5c behandelt ist, zur Interpretation des Begriffs Aufwendungen benutzt. Darauf deutet hin, daß er die Schäden ersetzen lassen will, wenn der Auftrag „nach der besonderen Sachlage" die Gefahr gewisser Schäden notwendigerweise mit sich bringt.

Aber auch wenn man hiervon absieht und annimmt, daß Oertmann keinen Fall der besonderen Haftungsgründe aus einer vertraglichen Gefahrübernahme meint, so ist ihm in dieser Form aus seiner eigenen Argumentation heraus nicht zuzustimmen. Denn Oertmann[59]) stellt selbst folgendes fest: Schaden ist ein Vermögensteil, den man gegen seinen Willen erlitten hat, Regreß (Aufwendungsersatz) wird genommen für einen Nachteil, den man sich freiwillig im fremden Interesse zugefügt hat. Oertmann gibt also zu, daß Schaden und Aufwendung begrifflich verschiedene Dinge sind. Wenn Oertmann dann den folgenden, oben wiedergegebenen Abschnitt damit schließt, daß beides, das im Beispiel angeführte Lösegeld (Schaden) und das Brückengeld (Aufwendung), als Aufwendung erscheine, die der Auftraggeber

[59]) Oertmann a. a. O., § 670 3 b.

sinngemäß erstatten müsse, so ist diese Schlußfolgerung einfach falsch. Denn wenn Oertmann vorher ausdrücklich feststellt, daß es sich bei Aufwendung und Schaden um zwei verschiedene Begriffe handele, dann können diese nicht plötzlich beide als Aufwendungen erscheinen, also zusammenfallen, auch nicht in den besonderen Fällen, wie Oertmann allerdings einschränkend hinzufügt. Es liegt entweder Schaden oder Aufwendung vor. Ein Zusammenfallen zweier verschiedener Begriffe aber ist logisch nicht denkbar.

e) Umfang des Begriffs „Aufwendungen".

Im Ergebnis kommt man aber auf anderem Wege den Ausführungen Oertmanns sehr nahe, ohne zwei verschiedene Begriffe identifizieren zu müssen. Es zwingen keine Gründe dazu, den Begriff der Aufwendungen so eng auszulegen, wie beispielsweise Planck[60]) dies tut, der bei dem Auf-das-Spiel-setzen seiner Person oder eines anderen Rechtsguts die etwa eingetretene Vermögensminderung nicht als Aufwendung angesehen wissen will, da zwar mit dem Eintritt eines Schadens in solchen Fällen gerechnet werde, eine beabsichtigte Vermögensminderung aber nicht eingetreten wäre, da der Schaden trotzdem gegen den Willen des Geschädigten eingetreten sei. Es ist vielmehr der von Enneccerus[61]) vertretenen Meinung beizutreten, daß auch dann eine bedingte Aufwendung vorliegt, wenn man, um einen Auftrag auszuführen, bewußterweise Vermögenswerte einer Gefahr aussetzt. Die Aufwendung besteht hier eben darin, daß man sie der Gefahr aussetzt. Soweit die Vermögenswerte geschädigt werden, sind sie aufgewandt. Dabei ist aber mit Böckel[62]) die Einschränkung zu machen, daß die Möglichkeit des Eintritts des Verlustes in so greifbare Nähe gerückt sein muß, daß der Beauftragte ihn erwartet und ihn dergestalt in seine Berechnung aufgenommen hat, daß er auch mit diesem Verlust die Erreichung seines Zieles zu fördern

[60]) Planck a. a. O., § 670, 5.
[61]) Enneccerus, Schuldverhältnisse, S. 493, Anm. 3.
[62]) Böckel a. a. O., S. 404.

glaubt [63]). Wenn dann der Verlust eintritt, dann hat er ihn gewollt, sonst hätte er sein Gut ja nicht der Gefahr auszusetzen brauchen, er ist aber natürlich erfreut, wenn die Gefahr vorübergeht, ohne daß der Verlust eingetreten ist. Bei einem solchen Ingefahrsetzen von Vermögenswerten ist die Willenseinstellung des Handelnden der Willenseinstellung desjenigen ähnlich, der im oben angeführten Falle in Paris im Interesse seines Auftrages gezwungen ist, größere Ausgaben zu machen. Auch er wird versuchen, von seinem Gelde möglichst wenig auszugeben. Das Geld, was er tatsächlich ausgibt, wendet er aber bewußt und vorsätzlich auf. Wer, um eilig einen Arzt zu holen, sein Pferd zu übermäßigem Laufen anspornt, will auch nicht, daß es an dieser Anstrengung zugrunde geht. Er setzt es aber aufs Spiel. Denn er muß unbedingt damit rechnen, daß es an dieser Überanstrengung eingeht. Er will aber letzten Endes sein Ziel auch mit diesem Verlust erreichen. Falls es dann zugrunde geht, hat er es bewußt und vorsätzlich aufgeopfert, wenn er auch gehofft und erwartet hat, daß es keinen Schaden nehmen werde. Wenn man sagt, daß der Handelnde in beiden Fällen die „Aufwendung" nicht wollte, so kann das nur bedeuten, daß sie ihm unangenehm war und er sie gern verhindert hätte. Schließlich hat er sie aber als unvermeidlich gewollt, denn sonst hätte er sie doch nicht zu machen brauchen, da ihn keiner dazu zwang oder auch nur dazu zwingen konnte.

Auch darin ist Enneccerus [64]) beizustimmen, wenn er weiter ausführt, daß die Aufopferung oder Gefährdung von Leib und Leben an sich zwar keine Aufwendung ist, wohl aber die dadurch hervorgerufene mittelbare Aufopferung von Vermögenswerten unter den Begriff der Aufwendungen gebracht werden kann. Wenn jemand auf meine Bitte mein Kind aus Feuersgefahr rettet, kann er nicht nur Ersatz für die verbrannten Kleider, sondern auch Ersatz der Kurkosten für die Brandwunden verlangen. Der Handelnde setzt in solchem Fall nicht unmittelbar einen bestimmten

---

[63]) Ähnlich hat auch das LG. Berlin (DJZ. 1913, S. 416) entschieden. Das LG. führt aus, daß mit der Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung der Kleidung hätte zu rechnen und dieser Schaden bei dem Entschluß hätte mit in den Kauf genommen sein müssen.

[64]) Enneccerus a. a. O., S. 493, Anm. 3.

Vermögenswert in Gefahr, sondern zunächst lediglich seinen Körper und seine Gesundheit. Ein solches Ingefahrsetzen von Körper und Gesundheit ist allerdings noch keine „bewußt und vorsätzlich herbeigeführte Vermögensverminderung zur Erreichung eines bestimmten Zwecks", also keine Aufwendung. Mit der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit steht aber eine Vermögensverminderung als notwendige, unvermeidliche Folge in so engem Zusammenhang, daß man doch wohl von einer bewußt und vorsätzlich herbeigeführten Vermögensminderung sprechen kann. Denn bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist man gezwungen, Vermögenswerte aufzuopfern, um wieder zu gesunden. Diese unvermeidliche Folge hängt so eng mit dem Ingefahrsetzen des Körpers oder der Gesundheit zusammen, daß man wohl sagen kann, daß, wer seine Gesundheit oder seinen Körper einer Gefahr aussetzt, ohne weiteres auch mittelbar die im Falle der Verletzung notwendige Vermögenseinbuße aufopfern will. Der Unterschied dieses Falles von den vorher erörterten ist also der, daß der Aufopferungswille des Handelnden sich nicht unmittelbar, sondern mittelbar erst auf die Vermögensverminderung bezieht. Bei dem gezeigten unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Verletzung des Körpers bzw. der Gesundheit und der Vermögensminderung kann dies für die Beurteilung dieses Falles keinen Unterschied machen. Nun stützt sich Enneccerus a. a. O. mit seiner Ansicht auf Entscheidungen des Reichsgerichts, und zwar auf RGE. 94 S. 169 ff. und 98, S. 199. Das Reichsgericht hat in seinen bisherigen Entscheidungen [65]) stets daran festgehalten, daß Aufwendung und Schaden zwei verschiedene Begriffe seien und den Ersatz für zufällige Schäden dem Beauftragten stets versagt. Das Reichsgericht hat jedoch verschiedentlich dem Beauftragten aus dem Grunde Ersatz seines Schadens zugebilligt, weil es gemäß §§ 157, 242 BGB. das Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes auf seiten des Auftraggebers angenommen hat [66]). Wenn Enneccerus sich auf RGE. 94 S. 169 stützt, so halte ich diese Entscheidung zur Stützung seines prinzipiellen Standpunktes für ungeeignet, obgleich sie im Ergebnis seinem Standpunkt durchaus gleich-

[65]) vgl. RG. in Jur. Woch. 1909, S. 311, 1914 S. 676, RGE. 94, S. 169.
[66]) z. B. RG. in Jur.Woch. 1914, S. 676, 4.

kommt. Es handelt sich in dieser Entscheidung um folgenden Tatbestand: Ein Polizeibeamter gab dem Kläger den Auftrag, einen tollwutverdächtigen Hund einzufangen. Beim Versuch, den Hund zu greifen, wurde der Kläger gebissen. Das Reichsgericht zieht aus den Feststellungen der Vorinstanzen den Schluß, daß in solchen Fällen wie dem vorliegenden, wo mit der Übernahme und Ausführung eines im öffentlichen Interesse unentgeltlich übernommenen Auftrags offensichtlich und nach der Natur der Sache eine für beide Teile erkennbare Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Beauftragten verbunden sei, nach dem Parteiwillen angenommen werden könne, daß der Auftraggeber für den aus der Ausführung des Auftrags entstehenden Schaden aufkommen wolle. Hier handelt es sich also gar nicht darum, ob die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit mit unter den Begriff der Aufwendungen fällt, sondern das Reichsgericht folgert die Haftung der beklagten Stadtgemeinde aus dem vermuteten Parteiwillen. Ebenfalls stimmt die ferner von Enneccerus a. a. O. herbeigezogene Reichsgerichtsentscheidung[67]) mit seiner prinzipiellen Anschauung nicht überein. In dieser Entscheidung handelt es sich um den Fall, daß eine Privatperson von dem Bürgermeister seines Ortes bei einer Feuersbrunst zur Hilfe aufgefordert worden war. Dieser Aufforderung hatte der Aufgeforderte Folge geleistet und war dabei durch das Einstürzen eines Schornsteins schwer verletzt worden. Das Reichsgericht gibt seiner Klage statt, weil es sich um Schäden handle, deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrages von selbst verbunden wäre und als besondere Gefahr dieser Geschäftsbesorgung von beiden Teilen von vornherein in Rechnung gezogen werden müßte. Solche Schäden seien den Aufwendungen des § 670 BGB. gleichzuachten und dem Auftraggeber auch ohne Verschulden zu ersetzen, während zum Beispiel ein Schaden aus einem Eisenbahnunfalle bei einer zur Ausführung eines Auftrages unternommenen Reise, da es sich hier nur um eine allgemeine Gefahr des Reisens, nicht um eine besondere Gefahr des erteilten Auftrags handele, nicht als Aufwendung anzusehen sei. Wenn das Reichsgericht ausführt, daß es sich hier um Schäden handle, deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbunden

[67]) RGE. 98, S. 199.

wäre und als besondere Gefahr dieser Geschäftsbesorgung von beiden Teilen von vornherein hätte in Rechnung gezogen werden müssen, so ist zunächst nicht ersichtlich, wie sich hierauf ohne weiteres die Folgerung aufbauen soll, daß solche Schäden den Aufwendungen gleichzuachten seien. Damit, daß das Reichsgericht in einem solchen Falle die Schäden den Aufwendungen gleichstellt, konstruiert es einen Fall der Ersatzhaftung ohne Verschulden, den das Gesetz — abgesehen von einigen Ausnahmen — sonst ablehnt. Dies nimmt umsomehr Wunder, als der hier erkennende Senat sich ausdrücklich mit der Entscheidung des Reichsgerichts Band 75, S. 212, identifiziert. In letzterer Entscheidung wird aber ausdrücklich festgestellt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Ersatzhaftung ohne Verschulden nicht kenne. Auch hat das Reichsgericht in dieser Entscheidung vorher selbst ausgeführt, daß Schäden und Aufwendungen etwas Verschiedenartiges seien. Mit dieser Feststellung verträgt es sich aber nicht, Schaden und Aufwendung in einem besonderen Fall gleich zu erachten. Wenn die Entscheidung auch billig erscheint und mit dem hier vertretenen Standpunkt im Ergebnis übereinstimmt, so hätte sie sich doch auch ohne Feststellung einer Haftung ohne Verschulden unter Gleichsetzung zweier verschiedener Begriffe auf dem gezeigten Wege begründen lassen.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß Aufwendungen und Schäden verschiedenartige Begriffe sind. Der Beauftragte bzw. im vorliegenden Fall der Vormund, kann beim Fehlen sonstiger besonderer Haftungsgründe Ersatz seiner erlittenen Verluste nur soweit ersetzt verlangen, als sie unter den Begriff der Aufwendungen fallen, also nur bei bewußter und vorsätzlicher Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung seiner Zwecke. Dabei ist der Begriff der Aufwendungen nicht etwa eng, sondern, wie gezeigt, weit auszulegen.

§ 6. Inhalt des Anspruchs des Vormunds.

Das Gesetz billigt dem Vormund nicht den Ersatz sämtlicher Aufwendungen zu.

a) Voraussetzungen des Anspruchs.

Es fordert vielmehr gemäß §§ 1835, 670 BGB., daß die Aufwendungen „zum Zwecke der Führung der Vormundschaft" gemacht sind und der Vormund sie „den Umständen nach für erforderlich halten darf". „Zum Zwecke der Führung der Vormundschaft" bedeutet, daß die speziell vormundschaftliche Tätigkeit unmittelbar die Veranlassung für eine zu ersetzende Aufwendung sein muß. Diesen zum Zwecke der Führung der Vormundschaft gemachten Aufwendungen stehen aber diejenigen Aufwendungen gleich, die als notwendige Folge der Ausführung zu machen waren und daher in einem untrennbaren Zusammenhange mit dieser Ausführung stehen [68]). Das Reichsgericht führt hierzu aus, daß das Billigkeitsgefühl und der zu vermutende Parteiwille dafür sprächen, daß derartige Aufwendungen den Auftraggeber träfen, da er sie ohne Zweifel tragen müßte, wenn er das aufgetragene Geschäft selbst ausgeführt hätte. Es würde der Vorwurf eines übergroßen Haftens am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks berechtigt sein, wenn man diese notwendig und einheitlich mit der Ausführung des Auftrages verbundenen Aufwendungen lediglich deshalb von der Ersatzpflicht des Auftraggebers ausschließen wollte, weil sie nicht „zum Zwecke der Ausführung des Auftrages" gemacht worden seien. Für den vorliegenden Fall fällt die eine Begründung des Reichsgerichts [69]), nämlich „der zu vermutende Parteiwille" fort, da das zwischen Vormund und Mündel bestehende Verhältnis einen solchen Parteiwillen nicht zur Entstehung gelangen lassen würde. Diese Aufwendungen stehen aber in engstem Zusammenhange mit der betreffenden Ausführungshandlung des Beauftragten, weil sie kraft Gesetzes automatisch mit dieser Handlung entstehen (Steuern). Sie sind also sozusagen diesen Handlungen immanent. Nur die Bezahlung der Beträge erfolgt später. Daher ist es durchaus billig, sie als zum Zwecke der Ausführung des Auftrages

---

[68]) RGE. 75, S. 212 und KG. in JW. 22, S. 1765.

[69]) Der Entscheidung des Reichsgerichts liegt der Fall zugrunde, daß der Beauftragte Umsatzsteuer bezahlt hat, bei der Entscheidung des Kammergerichts handelt es sich darum, daß der Beauftragte Zoll für eine Ware bezahlt hat.

gemacht anzusehen. Dieselben Gesichtspunkte gelten natürlich für solche Aufwendungen, die der Vorbereitung einer Ausführungshandlung dienen und mit der Ausführung selbst in ursächlichem, untrennbarem Zusammenhange stehen. Auch sie sind als zum Zwecke der Ausführung des Auftrages gemacht anzusehen [70]).

Ferner muß der Vormund, um seine Aufwendungen ersetzt verlangen zu können, diese „den Umständen nach für erforderlich halten dürfen". Die Aufwendungen brauchen also nicht objektiv erforderlich sein, sondern er muß sie nur bei vernünftiger und sorgfältiger Überlegung ohne Verschulden für erforderlich halten können [71]). Es muß, wie die Motive [72]) sich ausdrücken, genügen, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Aufwendungen als erforderlich zum Zwecke der Ausführung des Auftrags anzusehen hatte. Die Aufstellung eines objektiven Maßstabes, daß Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Aufwendungen zu konstatieren sei, würde eine Ungerechtigkeit gegen den Beauftragten darstellen. Diese bloß subjektive Meinung des Beauftragten ist aber nicht schlechthin maßgebend. Seine Unachtsamkeit und unentschuldbarer Irrtum findet keine Berücksichtigung, sondern er hat pflichtgemäß „nach den Umständen" die Erforderlichkeit der zu machenden Aufwendung zu prüfen. Bei der Untersuchung der Frage, ob der Vormund die gemachten Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, hat der Richter sich die obwaltenden Umstände zu der Zeit, als die Aufwendungen gemacht wurden, zu rekonstruieren und von den zu diesem Zeitpunkt vorherrschenden Umständen aus die Frage zu beantworten. Kommt er dann zu dem Ergebnis, daß der Vormund nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt hat, dann kommt, wie Oertmann a. a. O. § 670, Anm. 1, ausführt, der Umstand, daß der Vormund die Sachlage falsch beurteilte, daß die gemachte Aufwendung unnötig oder, etwa infolge eines un-

---

[70]) Staudinger, Anm. 1 a zu § 670.

[71]) RGRK., § 670, Anm. 4.

[72]) Mugdan, Schuldverhältnisse, S. 302.

vorhergesehenen Umstandes, erfolglos blieb, nicht zum Schaden des Beauftragten (Vormunds) in Betracht [73]).

Nicht gemäß §§ 1835, 670 BGB. erstattungsfähig sind allgemeine Geschäftsunkosten eines Anwalts [74]). Es ist Boschan [75]) beizupflichten, wenn er ausführt, daß § 670 BGB. eben nur einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen (oder doch dafür gehaltenen) Aufwendungen begründet, die allgemeinen Geschäftsunkosten, die ein Rechtsanwalt auf die Führung von Pflegschaften verwende, unter diesem Gesichtspunkt aber nicht für erstattungsfähig zu erachten seien. Ebensowenig wie ein Rechtsanwalt, der sein Büro zur Ermöglichung einer allen Anforderungen entsprechenden Berufsausübung mit den zeitgemäßesten und kostspieligsten Einrichtungen ausgestattet habe, deshalb den Rechtssuchenden höhere Gebühren in Rechnung stellen dürfe, ebensowenig dürfe er dies, wenn er nur einen Teil seines Büros gerade für die Bearbeitung von Pflegschaften usw. besonders mit Kräften und sonstigen Hilfsmitteln versehen habe.

Diese Ausführungen treffen aber nur im allgemeinen zu. In besonderen Fällen können auch diese allgemeinen Geschäftsunkosten erstattungsfähig sein. Ein solcher besonderer Fall liegt vor, wenn man auch jedem anderen Vormund zubilligen würde, sich eine Hilfskraft zu nehmen, weil er selbst die in Frage stehende Arbeit nicht leisten kann. Verwendet in solchem Fall der Anwalt seine eigenen Hilfskräfte, dann kann er, soweit er sie für Zwecke der Vormundschaft verwandt hat, die ihm hieraus entstehenden Unkosten als Aufwendungen ersetzt verlangen. Das leuchtet an

---

[73]) z. B. der Vormund inseriert in der Zeitung und es meldet sich niemand darauf, oder er verwendet Kurkosten auf das Pferd des Mündels, das an einer unheilbaren, zur Zeit der tierärztlichen Behandlung jedoch noch nicht als unheilbar erkennbaren Krankheit erkrankt war.

[74]) OLG. Dresden in JW. 1903, S. 68 ff.

[75]) Boschan im Recht 1917, S. 393, Ersatz der allgemeinen Geschäftsunkosten des Nachlaßpflegers. Boschan geht von folgendem Sachverhalt aus: Einem Anwalt, der sich durch gutes Personal und Einrichtungen besonders darauf eingestellt hatte, waren in großer Zahl Pflegschaften, für die ja hier die gleichen Bestimmungen wie für die Vormundschaften gelten, übertragen worden. Er verlangte seine allgemeine Unkosten anteilmäßig als Aufwendung ersetzt, wurde aber vom Kammergericht abgewiesen.

folgenden Beispielen ein: Ein im Grenzgebiet wohnender Anwalt hält sich unter seinem Personal einen Dolmetscher. Wenn dieser nun in einer Mündelangelegenheit ein Schriftstück übersetzt, warum sollte der Anwaltvormund dies nicht als Aufwendung ersetzt erhalten, da er doch, wenn er diesen eigenen Dolmetscher nicht hielte, für die Bezahlung eines fremden eine ersatzfähige Aufwendung hätte machen müssen.

Der Vormund kann, anstatt aus seinem Vermögen Aufwendungen zu machen, vom Mündel Vorschuß verlangen. Der Vorschuß ist für die erforderlichen, d. h. für die objektiv erforderlichen Aufwendungen zu leisten[76]). Diese Regelung ist verständlich. Während das Gesetz sonst bestrebt ist, dem Vormund möglichst freie Hand zu lassen, ist dies hier unnötig. Denn der Vormund ist nicht in der Lage, ohne Mitwirkung anderer Vormundschaftsorgane einen Vorschuß aus dem Vermögen des Mündels zu erlangen. In einem solchen Fall kann nicht auf die subjektiv vielleicht berechtigte Ansicht des Vormunds Rücksicht genommen werden, sondern es muß nach objektiven Gesichtspunkten geprüft werden, ob die beabsichtigte Aufwendung erforderlich ist. Wird dem Vormund dann die Bewilligung des Vorschusses verweigert, so bleibt ihm lediglich die Klage aus § 1853 BGB. vor dem ordentlichen Gericht. Auch hier ist es selbstverständlich, daß das Gericht nur dann dem Anspruch stattgeben kann, wenn die beabsichtigte Aufwendung objektiv erforderlich erscheint.

1. Ersatz.

Wenn der Vormund eine Aufwendung aus seinem Vermögen für den Mündel gemacht hat, dann ist ihm diese Aufwendung aus dem Mündelvermögen zu ersetzen, und zwar ist diese, wie v. Blume[77]) anführt, gemäß § 249 BGB. zu bewirken. In erster Linie ist also der frühere Zustand wiederherzustellen. Wenn dies nicht möglich ist, so ist Geldersatz zu leisten. Der von v. Blume hierfür gegebenen Begründung ist jedoch nicht beizustimmen. v. Blume will nämlich § 249 BGB. anwenden, weil Aufwendungen einen besonderen Fall des Schadens darstellten. Wie aber schon ausgeführt

[76]) Oertmann, § 670, Anm. 1.
[77]) Opet-v. Blume, Anm. 4b zu § 1835.

wurde, sind diese beiden Begriffe nicht identisch. Es kommt vielmehr nur eine analoge Anwendung des § 249 BGB. in Betracht, und zwar deshalb, weil der Gesetzgeber unmöglich denjenigen, der zum Wohle seines Mündels und damit auch des Staates eigene Vermögenswerte zunächst aufopfert, hat schlechter stellen wollen als jemanden, der wegen Verletzung seines Vermögens durch Dritte Schadensersatz verlangt. Dieser Auffassung steht der Wortlaut des § 256 BGB. nicht entgegen. Denn § 256 BGB. regelt lediglich die Verzinsung selbst, nicht aber die Art des Ersatzes. Diese richtet sich nach den sonstigen Bestimmungen. Daher kann die dem Mündel nach § 256 BGB. auferlegte Verzinsungspflicht für den Fall, daß „andere Gegenstände als Geld aufgewendet sind", nach der hier vertretenen Meinung nur für die Fälle in Betracht kommen, in denen gemäß § 249 BGB. eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist. Ferner kann der Vormund auch Befreiung von einer zum Nutzen des Mündels in eigenem Namen eingegangenen Verbindlichkeit verlangen (§ 257 BGB.). Falls diese noch nicht fällig ist, kann dem Vormund auch Sicherheit geleistet werden, was dann praktisch werden kann, wenn die Vormundschaft bzw. Gegenvormundschaft erlischt. Auch hat der Vormund wegen seiner Ersatzansprüche gemäß §§ 273, 274 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht an den in seinem Besitz befindlichen Vermögensstücken des Mündels.

2. Vorschuß aus dem Mündelvermögen.

Um seinen Verpflichtungen zur Führung der Vormundschaft nachkommen zu können, kann der Vormund aus dem Mündelvermögen gemäß §§ 1835, 669 BGB. Vorschuß verlangen, wenn er nicht erst die nötigen Mittel aus seinem eigenen Vermögen nehmen und dann Ersatz verlangen will. Das Gesetz will dadurch, daß es dem Vormund einen Anspruch auf Vorschuß gibt, diesem nicht zumuten, das vormundschaftliche Geschäft auf seine Kosten zunächst auszuführen. Die Leistung von Vorschuß kann — wie die Motive [78]) hervorheben — besonders in solchen Fällen von praktischer Bedeutung werden, in welchen ein Gegenvormund zwecks

[78]) Mugdan, Familienrecht, S. 626.

Erfüllung seiner Pflichten Aufwendungen zu machen hat, oder in welchen einem Vormunde flüssige Mittel nicht zur Verfügung stehen, während ein anderer Vormund oder ein Pfleger des Mündels solche in Händen hat.

Der Vorschuß ist stets in Geld zu leisten, denn nur in solchem Falle pflegt man von „Vorschuß" zu sprechen. Dies auch, wenn die erforderlichen Aufwendungen in anderen Gegenständen als Geld, z. B. in Getreide oder Futter, für das zu transportierende Vieh besteht [79]). Das vorgeschossene Geld wird Eigentum des Vormunds bzw. des Gegenvormunds. Der Vormund kann die Ausgaben unmittelbar aus dem Mündelvermögen bestreiten. Es ist seine Sache, dafür zu sorgen, daß das Mündelvermögen die zur Berichtigung ausreichenden Barmittel enthält [80]). Von besonderer Bedeutung ist das Recht, Vorschuß verlangen zu können, für den Gegenvormund, da er das Vermögen des Mündels nicht verwaltet, worauf die Motive [81]) ausdrücklich hinweisen.

b) Heranziehung Dritter für diese Ansprüche.

Für den zu leistenden Vorschuß und für den Regreßanspruch des Vormunds kommt nicht lediglich das Vermögen des Mündels in Frage. Der Vormund kann vielmehr, falls der Mündel keinerlei eigene Mittel besitzt, zur Leistung des Vorschusses, sowie zur Erstattung seiner Auslagen auch die dem Mündel privatrechtlich Unterhaltspflichtigen heranziehen, soweit die vom Vormund vorzunehmende bzw. vorgenommene, kostenverursachende Handlung mit der Unterhaltspflicht in Einklang zu bringen ist [82]). Dies hängt davon ab, ob die dem Mündel unterhaltspflichtigen Verwandten gemäß § 1610 BGB. standesgemäßen oder nach § 1611 BGB, nur notdürftigen Unterhalt zu gewähren haben. So könnte der Vormund zum Beispiel auf jeden Fall Vorschuß oder Ersatz der Auslagen für einen Arbeitsanzug des Mündels von dem Unterhalts-

[79]) Oertmann, § 669, Anm. 1.
[80]) RGRK., § 1835, 2.
[81]) Mugdan a. a. O., S. 626.
[82]) Kipp-Wolff a. a. O., S. 492 II.

verpflichteten verlangen, da ein Arbeitsanzug zum notdürftigen Unterhalt eines Menschen nötig ist. Ersatz oder Vorschuß für eine Sommerreise des Mündels könnte der Vormund aber nur von einem Verwandten des Mündels beanspruchen, der zur Gewährung des standesgemäßen Unterhalts verpflichtet wäre, und auch nur dann, wenn eine solche Reise der Lebensstellung des Mündels entspräche. Des weiteren kann der Vormund für notwendigen Unterhalt seines Mündels gemäß Verordnung vom 13. II. 1924 [83]) in Verbindung mit § 6 d der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. XII. 1924 [84]) den zuständigen Fürsorgeverband in Anspruch nehmen. Dabei ist hervorzuheben, daß — in Abweichung vom früheren Recht — nunmehr zum notwendigen Lebensbedarf eines Minderjährigen auch die Erziehung gehört. Dadurch ist es dem Vormund in weiterem Maße als früher möglich, den Fürsorgeverband zur Gewährung eines Vorschusses oder zum Ersatz einer Aufwendung heranzuziehen. Der Vormund ist verpflichtet zu versuchen, von den benannten Unterhaltsverpflichteten Geld zur Führung der Vormundschaft zu erlangen. Daß der Vormund von dem Staat etwa aus dem Grunde, weil er ihn zwingt, das Amt eines Vormundes zu übernehmen, Erstattung seiner Auslagen oder Vorschuß verlangen kann, wird einhellig von Literatur und Praxis abgelehnt.

c) Der Vormund kann seine notwendige Tätigkeit nicht von dem Empfang eines Vorschusses abhängig machen.

Wenn der Mündel keinerlei Vermögen besitzt und einen Vorschuß daher nicht leisten kann, und wenn auch von dem im vorigen Abschnitt angeführten Unterhaltungsverpflichteten kein Vorschuß zu erlangen ist, kann der Vormund die mittels des Vorschusses zu bewirkende Handlung unterlassen. Das folgert ohne weiteres aus seinem Rechte, Vorschuß verlangen zu können. Der Vormund hat sich also bei seiner Tätigkeit nach dem Vermögen des Mündels zu richten. Nimmt der Vormund eine kostenverur-

[83]) RGBl. I, S. 100 ff.
[84]) RGBl. I, S. 765.

sachende vormundschaftliche Handlung trotz Nichtvorhandenseins von Mündelvermögen vor und kann er von dritter Seite auch kein Geld erlangen, so hat er die Auslagen selbst zu tragen und hat dafür lediglich einen — zunächst wenigstens — wertlosen Ersatzanspruch gegen seinen vermögenslosen Mündel. Eng hiermit zusammen hängt die in der Literatur stark erörterte Streitfrage, ob der Vormund bei einer völlig vermögenslosen Vormundschaft die Portoauslagen für seine Berichte an das Vormundschaftsgericht oder für sonstige unerläßliche Schreiben selbst zu tragen hat, oder ob der Vormund die Absendung derartiger Schreiben ebenfalls von dem Erhalt eines Vorschusses abhängig machen kann. Bei dieser Frage ist, wie Fuchs[85]) ausführt, davon auszugehen, daß der Vormund von keiner anderen Seite Geldmittel erhalten kann, da andernfalls diese Frage garnicht praktisch werden kann. Wenn Fuchs[86]) aber weiter behauptet, daß die Einsendung des Berichtes an das Vormundschaftsgericht für den Vormund nicht mit Auslagen verbunden sei, da er den Bericht unfrankiert einsenden könne, ihm hieraus also keinerlei Kosten entständen und daß jedenfalls in Preußen die Gerichtsschreibereien das Porto nicht nachträglich von dem Vormund wieder einziehen könnten, so ist dem nicht zuzustimmen. Denn jeder Absender, also hier der Vormund, ist dem Empfänger zur Frankierung verpflichtet.

Zwar bestimmt § 5 Nr. 4 der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien[87]) daß, falls der Absender einer mit Eingangsporto beschwerten Sendung zur Frankierung verpflichtet sei, der Briefumschlag der Post behufs Einziehung des Portos zurückzugeben sei. Die Frage, ob der Absender dem Gericht gegenüber zur Frankierung verpflichtet sei, will Fuchs a. a. O. nach § 1835 BGB. be-

---

[85]) Fuchs, Tragung d. Portokosten für Schreiben der Vormünder an das Vomundschaftsgericht in vermögenslosen Vormundschaften in ZBlFG. 5, S. 537 ff.

[86]) Fuchs a. a. O. u. DJZ. 04, S. 393 (Portofreiheit d. Schreiben von Vormündern in vermögenslosen Vormundschaften) sowie im ZBlFG. 6, S. 254 ff. (Nochmals die Postgebühren des Vormunds eines vermögenslosen Mündels, eine Entgegnung).

[87]) Jetzt JMBl. 1914, S. 201. Diese neue Geschäftsordnung stimmt aber mit der von Fuchs zitierten aus dem Jahre 1899 in diesem Punkt völlig überein.

urteilt wissen, da dieser Paragraph auch die Beziehungen des Vormunds zum Vormundschaftsgericht regele und der Vormund auch dem Vormundschaftsgericht nicht weitergehend verpflichtet sei als dem Mündel selbst. Nach § 1835 BGB. sei der Vormund dem Mündel gegenüber nicht verpflichtet, einen Brief zu frankieren, und damit also auch nicht dem Vormundschaftsgericht gegenüber. Er müsse also, da ihm ein Schreiben an das Vormundschaftsgericht keine Kosten verursachen könne, seinen Bericht unbedingt absenden.

Diesen Ausführungen sind Koerner[88]) und insbesondere Götte[89]) entgegengetreten. Letzterer führt aus, daß § 1835 BGB. lediglich das Verhältnis zwischen Mündel und Vormund betreffe, in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Aufsichtsstellung des Vormundschaftsgerichts. Danach sei also, da andere Bestimmungen fehlten, der Vormund dem Vormundschaftsgericht gegenüber zur Frankierung verpflichtet, da unter diesen Umständen § 5 Nr. 4 l. c. nicht anwendbar sei. Dem ist zuzustimmen. Daß § 1835 BGB. lediglich das Verhältnis zwischen Mündel und Vormund betrifft, erhellt auch daraus, daß im § 1835 BGB. ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten, (§ 669 BGB.) also ein reines „Innenverhältnis" Bezug genommen wird. Ferner ist noch darauf hinzuweisen, daß — selbst wenn man die Ansicht von Fuchs als richtig ansehen wollte — dadurch eben nur die Schreiben an das Vormundschaftsgericht, nicht aber die anderen nötigen Schreiben des Vormunds, z. B. an den Dienstherrn des Mündels betroffen würden und daß diese Regelung schließlich nur einen Teil der zu entscheidenden Fälle treffe. Für die übrigen notwendigen Schreiben würde also auf jeden Fall die Frage bestehen bleiben, ob der Vormund ihre Absendung unterlassen kann, wenn er keinen Vorschuß erhält. Es ist aber nach dem Gesagten daran festzuhalten, daß der Vormund auch den Preußischen Vormundschaftsgerichten gegenüber zur Frankierung seiner Berichte verpflichtet ist. Tut er dies nicht, dann hat er zu erwarten, daß er auf Ersatz in Anspruch genommen wird. Nach

---

[88]) Koerner, Kosten des Schriftwechsels in Vormundschaftssachen ZBlFG. 5, S. 344.

[89]) Götte, nochmals die Postgebühren und sonstigen Aufwendungen des Vormunds eines vermögenslosen Mündels in ZBlFG. 5, S. 859.

Ablehnung der von Fuchs vertretenen Meinung ergibt sich also die Frage, was der Vormund zu tun hat, wenn ihm irgendwelche Geldmittel für Porto nicht zur Verfügung stehen. Ermel[90]) und Pitel[91]) befassen sich mit dieser Frage nur de lege ferenda. Koerner[92]) schlägt folgende Wege vor: Der Vormund könne 1) den Brief selbst oder durch Boten abgeben, oder zu Protokoll des Gerichts seinen Bericht erstatten, 2) seinen Bericht vor dem Gemeindewaisenrat zu Protokoll geben, der das Protokoll dann an das Gericht weitergebe, 3) sich an die unterhaltspflichtigen Verwandten halten, 4) die freie Liebestätigkeit in Anspruch nehmen, 5) den zur Unterstützung verpflichteten Armenverband anrufen. Darauf stellt Koerner fest, daß, wenn der Vormund seine Schuldigkeit tue und einen dieser angegebenen Wege beschreite, keinerlei Mißstände auftreten könnten. Ohne zunächst auf die Richtigkeit der einzelnen angegebenen Wege einzugehen, kann man Koerner die Richtigkeit seiner Schlußfolgerung durchaus zugeben. Denn selbst wenn alle anderen Wege versagen, wird es dem Vormund doch stets möglich sein, selbst vor Gericht zu erscheinen oder einen Boten zu senden. Leider geht Koerner aber mit seinen Ausführungen an der Sache selbst vorbei. Koerner zeigt damit wohl einen Weg, wie der Vormund Portoauslagen ersparen kann, klärt damit aber nicht die Frage, ob der Vormund die Portoauslagen selbst zu tragen habe oder seine Tätigkeit vom Erhalt des nötigen Vorschusses abhängig machen kann, wenn die von ihm gezeigten Wege, wie es doch des öfteren, besonders auf dem Lande der Fall sein wird, nicht gangbar erscheinen, oder dem Vormund nicht zuzumuten sind. Denn hier handelt es sich doch darum, ob ein Vormund, wenn alle Umstände für eine briefliche Erledigung sprechen und er zum Beispiel durch den Weg zum Sitze des Vormundschaftsgerichts einen ganzen Tag einbüßen würde, einen schriftlichen Bericht abfassen und dessen Absendung vom Erhalt eines Vorschusses für die Frankierung abhängig machen darf. Wenn man lediglich die Bestimmungen über den

---

[90]) Ermel, Portofreiheit der Schreiben v. Vormündern in vermögenslosen Vormundschaften DJZ. 04, S. 309.

[91]) Pitel, Aufbringung der in vermögenslosen Vormundschaften vom Vormunde gemachten Aufwendungen, ZBlFG. 5, S. 543.

[92]) Koerner a. a. O.

Auftrag heranziehen wollte, so würde man allerdings dazu kommen anzunehmen, daß der Vormund ohne Vorschuß überhaupt nicht tätig zu werden brauchte, eine Auffassung, die z. B. von Fuchs[93]) und Wirtz[94]) vertreten wird. Allerdings besagen die von Wirtz herangezogenen Motive[95]), daß die Rechtsverhältnisse zwischen Vormund und Mündel dem Auftragsverhältnis analog sind. Eine analoge Anwendung anderer Bestimmungen bedeutet aber keinesfalls direkte Anwendung, sondern nur Anwendung dieser Bestimmung, soweit sie mit dem Wesen des Rechtsinstituts, auf das sie analog angewandt werden sollen, vereinbar sind, man kann sagen: „Anwendung cum grano salis". Das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel enthält aber noch etwas mehr als das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten, und zwar die Verpflichtung zur persönlichen Führung des Amtes, nicht nur dem Mündel, sondern auch dem Staat gegenüber und diese Verpflichtung hat einen stark öffentlich-rechtlichen Einschlag[96]) nach Art eines Ehrenamtes. Dieses im Verhältnis vom Mündel zum Vormund enthaltene Moment duldet nicht die absolute Anwendung der Auftragsbestimmungen. Aus diesem Moment entspringt vielmehr die Pflicht des Vormunds, sich persönlich um den Mündel und die damit verbundenen Geschäfte zu kümmern und zwar gemäß § 1836 S. 1 BGB. unentgeltlich. Aus diesem Gesichtspunkt heraus wäre der Vormund an sich verpflichtet, persönlich vor dem Vormundschaftsgericht zu erscheinen[97]). Will er dies nicht, so kann nichts dagegen eingewandt werden, wenn er sich seine Pflicht durch einen schriftlichen Bericht erleichtert. Der Vormund ist also nicht etwa verpflichtet, den Vorschuß für das Porto aus eigenen Mitteln vorzuschießen. Er muß aber dann persönlich erscheinen und kann nicht einfach einen Bericht verweigern, weil er

---

[93]) Fuchs a. a. O., Anm. 3 zu § 1835.

[94]) Wirtz, Ist der Vormund vermögensloser Mündel verpflichtet, Auslagen aus eigenen Mitteln zu bestreiten? DJZ. 1905, S. 166.

[95]) Motive, S. 1181.

[96]) Kipp-Wolff, Familienrecht, S. 492 II.

[97]) RGRK., Anm. 2 zu § 1835.

keinen Portovorschuß erhalten hat[98]). Ebenso verhält es sich mit anderen Briefen die der Vormund beispielsweise an den Dienstherrn seines Mündels oder an den Gegenvormund zu richten hat. Auch in diesen Fällen muß der Vormund, wenn er das Porto nicht aus seinem eigenen Vermögen auslegen will, um sich dadurch sein Amt zu erleichtern, kraft seiner Amtspflicht persönlich erscheinen. Diese vom Vormund zu verlangende persönliche Dienstleistung erstreckt sich aber, um nochmals darauf hinzuweisen, nur soweit, als sie unbedingt für die Führung der Vormundschaft nötig ist. Im übrigen kommt das allgemeine Prinzip zur Geltung, daß der Vormund Aufwendungen, für die im Mündelvermögen keine Deckung vorhanden ist, unterlassen und von der Erlangung eines Vorschusses abhängig machen kann.

Auch der Gesetzgeber selbst ist offenbar davon ausgegangen, daß vom Vormund eine begrenzte persönliche Dienstleistung zu verlangen sei und daß der Vormund, wenn er diese Dienstleistung — soweit möglich — einschränken wolle, um geringfügige Vermögensopfer nicht würde herumkommen können. Das schließe ich daraus, daß es bei den Ablehnungsgründen im § 1786 Ziff. 5 BGB. heißt: „Wegen Entfernung seines Wohnsitzes von dem Sitze des Vormundschaftsgerichts die Vormundschaft ohne besondere Belästigung nicht führen kann", ferner daraus, daß gemäß § 1779 Abs. 2 BGB. das Vormundschaftsgericht als Vormund eine nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage geeignete Person bestellen soll. Ich komme also zu dem Schluß, daß der Vormund solche kostenverursachende Tätigkeit, die ureigenst mit seinem Amt verbunden ist und die eben seine Tätigkeit als Vormund ausmacht, die also das Minimum von dem ausmacht, was man von einem Vormund billigerweise an Tätigkeit verlangen kann — wie die angeführten Berichte und Schreiben — auf jeden

---

[98]) Einen ähnlichen Standpunkt vertreten auch folgende Schriftsteller: Engelmann-Keidel, § 1835, Anm. 5. Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 1835. „Der Vormund ist zur mündlichen Rücksprache verpflichtet, wenn er nicht aus eigenen Mitteln schreiben will". Planck, Anm. 10 zu § 1835. Götte „Nochmals die Postgebühren usw. in ZBlFGV., S. 859, auch der im ZBlFGV. S. 356 mitgeteilte Beschluß des Landgerichts Hamburg weist ausdrücklich darauf hin, daß die Pflicht des Vormundes, Portoauslagen aus eigenem Vermögen vorzuschießen, aus der in seinem Amte enthaltenen „Ehrenpflicht" entspringe.

Fall vorzunehmen hat und zwar an sich persönlich. Will er sich diese Tätigkeit durch schriftlichen Verkehr erleichtern, dann hat er die nötigen Gelder dafür zunächst selbst auszulegen. Wollte man einen anderen Standpunkt vertreten, dann würde ein großer Teil der Vormundschaften nicht „geführt", sondern würde „ruhen". Das Amt eines Vormundes gehört eben mit zu den Pflichten eines Staatsbürgers, ebenso wie das Schöffenamt und ähnliche und verpflichten ihn zur persönlichen Dienstleistung zum Wohle der Gesamtheit.

§ 7. Geltendmachung des Anspruchs aus § 1835 BGB.

a) durch Befriedigung aus dem verwalteten Vermögen.

Der Vormund kann die ihm nach § 1835 BGB. zustehenden Beträge dem von ihm verwalteten Mündelvermögen entnehmen. Hierzu ist die Bestellung eines Pflegers nicht nötig, da es sich um ein Erfüllungsgeschäft handelt (§§ 1795 Abs. 2, 181 BGB.). Eine Verwendung von Mündelvermögen im Sinne von §§ 1805, 1834 BGB. kann hierin nicht erblickt werden [99]. Ist im Bestande des Mündelvermögens Bargeld nicht vorhanden, dann kann der Vormund die zur Erlangung von Barmitteln erforderlichen Rechtsgeschäfte vornehmen. Soweit hierfür gemäß §§ 1812 ff, 1821 ff BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds nötig ist, muß diese natürlich eingeholt werden [100]). Selbstverständlich braucht der Vormund diese Gelder nicht gemäß § 1834 BGB. verzinsen. Der Gegenvormund muß sich zwecks Erlangung dieser ihm aus § 1835 BGB. zustehenden Beträge an den Vormund wenden. Weigert sich der Vormund, die Beträge zu erstatten, dann muß er gemäß § 1837 BGB. das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts veranlassen [101]). Gemäß §§ 1840, 1841 BGB. hat der Vormund die Beträge seiner eigenen Aufwendungen wie auch die des Gegenvormunds in die Rechnung aufzunehmen. Dem Vormund

[99]) Fuchs a. a. O., Anm. 4 a zu § 1835, OLG. Colmar in OLGE. 31, S. 416.
[100]) Engelmann-Keidel a. a. O., Anm. 3 a zu § 1835.
[101]) Fuchs a. a. O.

steht auch für seine Ansprüche aus § 1835 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. am Mündelvermögen zu.

b) durch Klage.

Um seine Rechte aus § 1835 BGB. geltend zu machen, kann der Vormund bzw. Gegenvormund gegebenenfalls auch den Klageweg beschreiten. Die Klage des Gegenvormunds ist gegen den Vormund zu richten. Für die Klage des Vormunds muß dem Mündel ein Pfleger bestellt werden. Für diese Klage ist der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten. Der Vormund hat allerdings gemäß §§ 1840/41 BGB. über seine gesamte Vermögensverwaltung, insbesondere auch über die Einnahmen und Ausgaben dem Vormundschaftsgericht Rechenschaft abzulegen. In der Vermögensaufstellung erscheinen dann die Aufwendungen des Vormunds und des Gegenvormunds als Ausgaben. Im Rahmen dieser Rechenschaftslegung hat das Vormundschaftsgericht sich auch mit den Ansprüchen des Vormunds zu befassen. Das Vormundschaftsgericht ist jedoch nicht befugt, die Höhe der von dem Vormund oder Gegenvormund verlangten Beträge von sich aus festzusetzen. Hierfür ist ausschließlich das Prozeßgericht zuständig[102]) Dies ergibt sich daraus, daß § 1835 BGB. für den Ersatz der Aufwendungen auf §§ 669/670 BGB. verweist. Diese Ansprüche sind aber lediglich im ordentlichen Rechtswege verfolgbar. Ein Vergleich des § 1835 BGB. mit dem §1836 BGB. läßt ohne weiteres erkennen, daß die Vergütung für die Vormundschaftsführung und die Erstattung der Aufwendungen des Pflegers in ganz verschiedener Weise zu behandeln sind. Das Vormundschaftsgericht kann allerdings auch bei Prüfung der Rechnung eine sachliche Prüfung der vom Vormund angesetzten Auslagen vornehmen und deren Höhe anerkennen oder auch beanstanden[103]). Dies ist aber nur eine vorläufige Entscheidung, die an dem materiellen Anspruch des Vormunds nichts ändert. Es ist dem Vormund auch weiterhin unbenommen, den Prozeßweg zu beschreiten und auch das Prozeß-

[102]) KGI. 27 A, S. 180 ff., 29 A, S. 22. Bayr.Ob.L.G. in „Recht" 1908, Nr. 1217. Kipp-Wolff, Familienrecht, S. 492, Anm. 5.
[103]) KGI. 29 A, S. 23.

gericht ist an der Feststellung des Vormundschaftsgerichts nicht gebunden [104]). Es kann ganz unabhängig hiervon selbst die nach § 1835 BGB. nötigen Feststellungen treffen und danach den Anspruch des Vormunds beziffern. Würde aber z. B. das Vormundschaftsgericht eine Pauschalsumme festsetzen, die den Vergütungsanspruch aus § 1836 BGB. und den Aufwendungsersatz nach § 1835 BGB. enthalten sollte, so würde auch eine solche Festsetzung den Vormund nicht hindern, seine Ansprüche aus § 1835 BGB. im Prozeßwege geltend zu machen und das Prozeßgericht wäre gezwungen, ihm diese Ansprüche bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zuzubilligen [105]). Gemäß § 1843 Abs. 2 BGB. ist die Erhebung der Klage auch schon während des Bestehens der Vormundschaft zulässig. Der Grund dieser Bestimmung ist der, daß stets möglichste Klarheit über den Anspruch des Vormunds gegen den Mündel bestehen soll. Gegen Verjährung seines Anspruchs während des Bestehens der Vormundschaft ist der Vormund gemäß § 204 BGB. geschützt.

§ 8. Sonstige, nicht auf § 1835 BGB. beruhende Ansprüche des Vormundes.

Die Ersatzpflicht gemäß § 1835 BGB. wird modifiziert durch Anordnungen, die ein Dritter gemäß § 1803 BGB. dazu Berechtigter betreffs der Höhe der dem Vormund zu ersetzenden Aufwendungen macht. In einem solchen Fall kann der Vormund bzw. Gegenvormund Aufwendungen ersetzt verlangen. Weitere Aufwendungen kann der Vormund nur dann ersetzt verlangen, wenn die besonderen Voraussetzungen, unter denen er gemäß § 1803 Abs. 2 und 3 von den ihm vom Berechtigten gegebenen Anordnungen abweichen darf, vorliegen. Für diese besonderen Fälle ist auch hier § 1835 BGB. wieder anwendbar. Ferner können dem Vormund bzw. Gegenvormund auch noch in besonderen Fällen Ansprüche auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB.) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB.) gegen den Mündel erwachsen.

---

[104]) KG. in OLGE. 40, S. 98.

[105]) KGI. 29 A. 24 BayrObLZ. Bd. 15, S. 36.

II. Abschnitt.

Der Vergütungsanspruch des Vormunds nach § 1836 BGB.

Im § 1836 Abs. 1, S. 1 BGB. ist bestimmt: „Die Vormundschaft wird unentgeltlich geführt". Aus dieser Voranstellung ergibt sich, daß die unentgeltliche Führung der Vormundschaft das oberste Prinzip des Vormundschaftsrechtes ist. Der Gesetzgeber hat jedoch dieses Prinzip nicht strikte durchgeführt, sondern aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit [106]) bestimmt, daß dem Vormund unter Umständen eine Vergütung gewährt werden kann. Um aber eine Gewähr dafür zu haben, daß die Bewilligung einer Vergütung eine Ausnahmeerscheinung bleibt im Verhältnis zu der unentgeltlichen Führung der Vormundschaft, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Bewilligung einer Vergütung von verschiedenen Voraussetzungen abhängig gemacht. Denn nach § 1836 Abs. 1, S. 3 soll die Bewilligung einer Vergütung nur erfolgen, wenn „das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen".

---

[106]) vgl. Motive IV, S. 1182: Der Standpunkt, nach welchem auch ein selbst mittelloser Vormund genötigt wird, das Vermögen seines reichen Mündels unentgeltlich zu verwalten, ist wirtschaftlich nicht zu billigen, indem er zu einer ungerechtfertigten Besteuerung der Arbeitskraft zugunsten des Kapitals führt. Überdies widerraten ihn, wie dies in den Motiven neuerer Gesetzgebungswerke wiederholt hervorgehoben wird, Gründe der Zweckmäßigkeit und der Billigkeit, sowohl vom Standpunkte des Vormunds wie des Mündels aus, indem die unbedingte Versagung eines Honorars insbesondere zum Nachteile des Vormundschaftswesens dazu beiträgt, die Abneigung gegen den Vormundschaftsdienst nur zu steigern.

§ 9. Voraussetzung und Maßstab für die Bewilligung einer Vergütung.

a) Vorhandensein von Mündelvermögen.

Zunächst soll der Mündel also Vermögen haben. Unter Vermögen sind sämtliche vorhandenen Werte zu rechnen, jedoch ohne Abzug der Schulden [107]), also das Aktivvermögen. So hat auch das Kammergericht [108]) entschieden, daß jedenfalls für das Gebiet des Vormundschaftsrechts unter „Vermögen" nur das Vermögen, ohne Abzug der Schulden [107]), also das Aktivvermögen zu verstehen sei. Dies sei daraus zu schließen, daß das nach § 1802 BGB. aufzunehmende Vermögensverzeichnis nicht notwendig die Schulden mitumfassen brauche, ebenso wie nach § 1640 BGB. Nach § 1805 BGB. dürfe der Vormund Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden, worunter nur das Aktivvermögen verstanden werden könne. Dasselbe gelte von der Vorschrift des § 1806 BGB., wonach der Vormund „das zum Vermögen des Mündels gehörige Geld" verzinslich anzulegen habe, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten sei. In gleicher Weise sei der Ausdruck „Vermögen" z. B. in § 1822 Nr. 1, § 1844, § 1890 BGB. gebraucht. Die Vergütung des Vormunds ist also zunächst einmal nach der Größe des dem Mündel zur Verfügung stehenden Aktivvermögens zu bemessen. Es ist aber nicht nötig, daß die dem Vormund zu bewilligende Vergütung aus den Einkünften des Mündelvermögens gedeckt werden kann. Es genügt das Vorhandensein eines Vermögens, aus dessen Stamm die Vergütung gedeckt werden kann [109]). v. Blume [110]) vertritt insoweit einen anderen Standpunkt, als er fordert, daß regelmäßig wiederkehrende Leistungen nur unter Berücksichtigung der Erträgnisse des Vermögens zu gewähren seien. Dem ist nicht ohne weiteres zuzustimmen. Es steht dem Vormundschaftsgericht durchaus frei, entweder eine einmalige oder eine wiederkehrende Vergütung festzusetzen. Das Gesetz gibt keinen

---

[107]) RGRK., Anm. 2 zu § 1836.

[108]) KGJ. 45, S. 46; OLGE. 33, S. 372.

[109]) Fuchs, Anm. 2 c zu § 1836. Planck, Anm. 2 zu § 1836; OLGE. 40, S. 97, Anm. 1.

[110]) Opet v. Blume, Anm. 2 zu § 1836.

Anhalt dafür, daß das Vormundschaftsgericht eine wiederkehrende Vergütung nicht festsetzen darf, wenn das Mündelvermögen keine Erträgnisse abwirft. Allerdings wird sich das Vormundschaftsgericht wohl in der Regel scheuen, in solchem Fall ohne weiteres eine wiederkehrende Vergütung festzusetzen, sondern wird lieber die Bewilligung einer Vergütung von Fall zu Fall wieder überprüfen. Eine solche Regelung würde aber nicht darauf beruhen, daß das Vormundschaftsgericht in solchen Fällen keine wiederkehrende Vergütung bewilligen darf, sondern weil es ganz in seinem Ermessen steht, wie es die Vergütung bewilligen will und es in solchem Fall eine wiederholte Überprüfung für angebracht hält. Für die Bewilligung einer Vergütung ist es nicht nötig, daß der Vormund das Vermögen des Mündels selbst verwaltet. In der Regel wird allerdings der Vormund das Mündelvermögen selbst verwalten. Es ist aber auch möglich, daß der Vormund keinerlei Vermögen des Mündels in Händen hat. Das ist z. B. der Fall, wenn dem — sonst vermögungslosen — Mündel eine Erbschaft zugefallen ist, für die durch letzwillige Verfügung des Erblassers gemäß § 1909 BGB. ein Pfleger bestellt ist. Einem solchen, Mündelvermögen nicht verwaltenden Vormund kann eine Vergütung gewährt werden, natürlich nur, sofern der Umfang und die Bedeutung seiner vormundschaftlichen Geschäfte dies rechtfertigen. Allerdings vertritt das Kammergericht [111]) den Standpunkt, daß dem Vormund nur dann eine Vergütung gewährt werden kann, wenn er Mündelvermögen verwaltet, daß also unter „Vermögen" im Sinne des § 1836 Abs. 1, S. 3 BGB. das bisher vom Vormund *verwaltete* Aktivvermögen zu verstehen ist. Wenn das Kammergericht (in OLGE. 33, S. 372) feststellt, daß es diesen Standpunkt „in ständiger Rechtsprechung" vertreten habe, so übersieht es dabei, daß es früher [112]) den — entgegengesetzten — Standpunkt vertreten hat, daß die Bewilligung einer Vergütung von der Verwaltung eines Vermögens *nicht* abhängig sei. Dieser letzteren Ansicht, der sich auch *Fuchs* [113]) angeschlossen hat, ist beizutreten. Denn die Vergütung wird gewährt für die Mühewaltung des Vormunds ohne

[111]) KG. in OLGE. 33, S. 372; 46 S. 195; KGI. 45 A, 46.
[112]) KG. in OLGE. 17, S. 266.
[113]) Fuchs a. a. O., Anm. 2 c zu § 1836.

Rücksicht darauf, ob diese Mühewaltung in der Verwaltung eines Mündelvermögens, in der Erziehung eines Minderjährigen oder in anderweitiger Sorge um das Wohl des Mündels besteht. Zwar muß der Mündel außerdem ein Vermögen haben, das die Bewilligung einer Vergütung rechtfertigt. Dafür, daß der Vormund dies Vermögen auch selbst verwalten muß, ergibt das Gesetz jedoch m. E. keinerlei Anhalt. Das Gesetz verlangt lediglich ein Vorhandensein, keine Verwaltung eines Vermögens [114]. Zu dem Vermögen des Mündels gehört aber nicht sein Ruhegehalt. Das Ruhegehalt ist eine Rente, die der Staat dem Beamten zahlt. Diese Rente unterscheidet sich nicht von dem Gehalt, das der Beamte während seiner Dienstzeit bezieht. Denn zur Besoldung des Beamten gehört nicht nur das Gehalt, das er während seiner Dienstzeit ausbezahlt bekommt, sondern sämtliche Leistungen, die er oder seine Familie von seinem Dienstherrn erhalten. Die Gegenleistung hat der Beamte schon während seiner aktiven Dienstzeit gemacht, hierfür hat also der Staat die Dienste sozusagen im voraus erhalten dadurch, daß der Beamte während der aktiven Dienstzeit nicht voll bezahlt wurde. Deshalb steht das Ruhegehalt rechtlich und wirtschaftlich dem eigentlichen Gehalt gleich und zählt wie dieses zum Arbeitseinkommen, nicht aber zum Vermögen [115]).

b) Umfang und Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte müssen die Bewilligung einer Vergütung rechtfertigen.

Eine weitere Voraussetzung für die Bewilligung einer Vergütung ist, daß der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte die Bewilligung einer Vergütung als angemessen und billig erscheinen lassen. Es ist also bei der Bewilligung zu berücksichtigen, ob die Verwaltung des Mündelvermögens besonders mühevoll oder besonders verantwortungsvoll war [116]). Es ist ferner

---

[114]) Diese Frage hat hauptsächlich nur für die Pflegschaft Bedeutung, kann aber auch, wie gezeigt, für die Vormundschaft einmal praktisch werden.

[115]) KG. in Recht 1917, Nr. 441, RIA. 15 S. 267/69.

[116]) Hesse, Deutsch. Vormundschaftsrecht, Anm. 3 zu § 1836. OLG. Hamburg in OLGE. 14, S. 264/65.

auch zu berücksichtigen, ob der Vormund etwa eine besonders schwere Erziehungsarbeit zu leisten hat. Denn die Bewilligung einer Vergütung ist nicht — wie bereits angeführt (§ 9a) — von der Verwaltung eines Vermögens abhängig. Es kann daher durchaus vorkommen, daß ein Vormund, der ein großes, aber mühelos zu verwaltendes Vermögen verwaltet, eine geringere Vergütung erhält als ein Vormund, der ein kleines, aber schwer zu verwaltendes Vermögen verwaltet. Beide geschilderten Voraussetzungen der Bewilligung einer Vergütung sind jedoch sogenannte „Sollvorschriften". Sie sind daher rein instruktionell, so daß ihre Nichtbeachtung die erfolgte Bewilligung nicht etwa nichtig werden läßt.

c) Die Vergütung soll angemessen sein.

Der Gesetzgeber hat es im Gegensatz zum Vorentwurf, wo dem Vormund lediglich ein „mäßiges Honorar" zugebilligt wurde [117]), ausdrücklich abgelehnt, für die Höhe des zu bewilligenden Honorars eine bestimmte Grenze festzusetzen oder nur eine „mäßige" Vergütung zu bewilligen. Die Motive [118]) betonen ausdrücklich, daß es sich nicht empfehle, über die Höhe des zulässigen Honorars nähere Vorschriften zu geben, obgleich verschiedene Gesetze in dieser Richtung Vorschriften über eine bestimmte Scala oder über bestimmte Prozentsätze enthielten. Auch sei es nicht zweckmäßig, das Vormundschaftsgericht allgemein auf die Bewilligung eines mäßigen Honorars zu beschränken, da die Schmälerung des Honorars auf die Güte der für dasselbe zu leistenden Dienste von Einfluß sei und somit dem Mündel zum Nachteil gereichen könne. Das Gesetz bestimmt daher, daß dem Vormund eine angemessene Vergütung zu gewähren ist. Das heißt mit anderen Worten, daß das Vormundschaftsgericht nach bestem Wissen und Gewissen zu prüfen hat, was der Vormund an Arbeit geleistet hat und was diese Arbeitsleistung normalerweise wert ist, wobei stets zu berücksichtigen ist, daß ein bestimmtes Maß von Arbeitsleistung von jedem Vormund unentgeltlich verlangt werden muß. Ferner ist bei der

[117]) Planck, § 508 des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, Berlin 1880.

[118]) Motive IV, S. 1182.

Zubilligung einer „angemessenen" Vergütung auch die Größe des Mündelvermögens zu berücksichtigen.

Wie aus der Fassung des § 1836 ersichtich ist, liegt die Bewilligung einer Vergütung lediglich im freien Ermessen des Vormundschaftsgerichts. Es kann also nach pflichtmäßigem Ermessen die Bewilligung einer Vergütung überhaupt ablehnen bzw. eine beantragte Vergütung herabsetzen.

§ 10. Das Vormundschaftsgericht bei Bewilligung der Vergütung.

a) Ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Bewilligung der Vergütung.

Für die Bewilligung einer Vergütung ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig. Es schließt durch diese Bewilligung aber keinen Vertrag mit dem Vormund ab[119]), sondern die Bewilligung ist eine richterliche Verfügung gemäß § 16 FGG., wodurch das Recht des Vormunds erst existent wird. Der Anspruch des Vormunds auf Honorar ist durch die Bewilligung seitens des Vormundschaftsgerichts bedingt. Mit der Festsetzung gibt das Vormundschaftsgericht ein Recht gegen den Mündel, und damit ist für die Klage auf Zahlung des Honorars erst die rechtliche Grundlage geschaffen[120]). Die Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts stellt also noch keinen vollstreckbaren Titel dar[121]). Der Gesetzgeber wollte auch gerade dem Vormundschaftsgericht die alleinige Befugnis einräumen, eine Vergütung zu bewilligen. Er hatte sich gescheut, dem Vormund einen direkten, im Prozeßwege verfolgbaren Anspruch einzuräumen. Dies geht deutlich aus dem Wortlaut der Motive hervor[122]): „Auf der andern Seite ist es indessen auch bedenklich, dem Vormund kraft Gesetzes einen wirklichen Anspruch auf ein Honorar nach richterlicher Ermäßigung einzuräumen; vielmehr verdient es den Vorzug, im

---

[119]) Motive, S. 1183.

[120]) KGI. 27 A. 181, ZBlFG. 6, S. 256.

[121]) Engelmann-Keidel, Anm. 4 d zu § 1836; OLGE. 26, S. 111, Anm. 1.

[122]) Motive IV, S. 1182.

Anschluß an die erste Gruppe von Rechten die Bewilligung des Honorars, wie auch dessen Höhe dem Vormundschaftsgericht zu überlassen." Die Ansprüche des Vormunds aus § 1835 und aus § 1836 BGB. haben also, worauf auch schon unter I § 7b hingewiesen wurde, durchaus verschiedenen Charakter. Das Vormundschaftsgericht kann rechtswirksam lediglich die Vergütung gemäß § 1836 BGB. festsetzen, nicht aber über die Aufwendungen gemäß § 1835 BGB. rechtswirksam befinden, wenn es auch bei Abnahme der Schlußrechnung bei letzteren Beanstandungen vornehmen kann. Hierbei darf es aber vor allem keine Pauschalsumme festsetzen, bei welcher nicht zu unterscheiden ist, in welcher Höhe die Vergütung festgesetzt wird und zu welchem Betrage die Auslagen als richtig anerkannt werden sollen. Denn sonst würde es an einer geeigneten Grundlage für das weitere Beschwerdeverfahren fehlen, da das Beschwerdeverfahren sich nur auf die bewilligte Vergütung erstrecken kann[123]). Wenn der Vormund auf Grund des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts gegen den Mündel Klage erhebt, so ist der Beschluß des Vormundschaftsgerichts von dem Prozeßgericht nicht überprüfbar. Denn ein Prozeßgericht ist niemals befugt, einen Beschluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzuändern, da das Prozeßgericht keine höhere Instanz, sondern eine auf durchaus anderer Grundlage beruhende Instanz ist[124]). Der Vormund kann sich auch nicht unter Umgehung des Vormundschaftsgerichts direkt an das ordentliche Gericht wenden. Das erhellt daraus, daß der Vormund — wie bereits angeführt — ohne Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gar keinen Anspruch hat, da dieser erst mit dem Beschluß des Vormundschaftsgerichts entsteht. Er müßte also auf jeden Fall wegen Fehlens einer notwendigen Klagvoraussetzung mit seinem Klagbegehren abgewiesen werden.

---

[123]) KGI. 29 A. 24; OLGE. 30, S. 151/52; 40 S. 98.

[124]) KGI. 29 A. 24, Altmann: Unterliegt das vom Vormundschaftsrichter für Vormünder und Pfleger festgesetzte Honorar der richterlichen Nachprüfung duch das Prozeßgericht in ZBlFG. 6, S. 558/59; Planck, Anm. 10 zu § 1836; OLG. Hamburg in Recht 1921, Nr. 136.

b) Umfang der Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts.

Das Vormundschaftsgericht hat bei der Frage, ob dem Vormund eine Vergütung bewilligt werden soll, die unter II § 9a und b angeführten Voraussetzungen zu prüfen. Es hat also zu untersuchen, ob „das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen", dem Vormund eine Vergütung zuzubilligen. Bejahendenfalls hat es dann eine „angemessene" Vergütung zu bewilligen.

Es herrscht nun Streit darüber, ob das Vormundschaftsgericht sich bei der Beurteilung der Frage, ob dem Vormund eine Vergütung zugebilligt werden soll, streng an diese im Gesetz festgestellten Gesichtspunkte zu halten hat, oder ob es zur Beurteilung dieser Frage auch noch weitere Gesichtspunkte, wie besondere Abmachungen, verwandtschaftliches Verhältnis des Vormunds zum Mündel usw. heranziehen darf und soll. Josef[124a]) vertritt den

---

[124a]) Josef, Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Bewilligung der Pflegevergütung in Arch. für bürgl. Recht 32, S. 361 ff. Josef geht von folgendem Fall (Beschluß des Kammergerichts vom 9. III. 05) aus:

Es war eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet worden und der Pfleger hatte die Erben ermittelt. Das Nachlaßgericht bewilligte dem Pfleger eine Vergütung von 1000 RM. und der Pfleger nahm in dem aufgestellten Teilungsplan diese 1000 RM. als Ausgabe auf und führte demnächst den Plan aus. Die Erben quittierten über den Empfang ihrer Anteile und erteilten gleichzeitig dem Pfleger „auf Grund des Plans bezüglich der Verwaltung des zur Ausschüttung gelangten Nachlasses" Entlastung. Sodann beantragte ein Miterbe eine Herabsetzung der Vergütung, welchem Antrage das Beschwerdegericht stattgab. Das Kammergericht wies die weitere Beschwerde des Pflegers, die dieser auf die ihm von den Erben erteilte Entlastung stützte, zurück, weil bei einer auf Grund des § 1836 BGB zu erlassenden Entscheidung nur die in dieser Gesetzesvorschrift aufgeführten Umstände zu berücksichtigen seien, hiernach aber die von den Erben abgegebene Entlastungserklärung außer Betracht zu bleiben habe. Zum besseren Verständnis sei hinzugefügt, daß das Kammergericht, wie aus der diesen Tatbestand behandelnden Entscheidung (KGI. 30, S. A 88) zu ersehen ist, die Entlastungserklärung der Erben als eine rechtsgeschäftliche Erklärung aufgefaßt hat.

Der zweite von Josef zum Beweis seiner Ansicht angeführte Fall liegt größtenteils auf anderem Gebiet und sei daher, da er für unsere Frage nichts wesentliches enthält, übergangen.

Standpunkt, daß das Vormundschafts- bzw. Beschwerdegericht, das ja nur im Rechtsmittelzug an die Stelle des Vormundschaftsgerichts tritt, bei seiner Entscheidung lediglich die im § 1836 BGB. für maßgebend erklärten Umstände und Voraussetzungen für die Zubilligung einer Vergütung zu berücksichtigen habe, wogegen andere Tatsachen (wie besondere Abreden der Beteiligten über die Höhe der Vergütung oder über die Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung) außer Betracht zu bleiben hätten. Über solche Tatsachen habe lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden, für dessen Urteil die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Grundlage sei. Denselben Standpunkt vertritt Fuchs[125]). Demgegenüber hat sich jedoch das Kammergericht in einer späteren Entscheidung[126]) auf einen anderen Standpunkt gestellt. Es sei selbstverständlich, daß für die Entschließung des Vormundschaftsgerichts lediglich die im Gesetz vorausgesetzten Umstände maßgebend seien. Es bedeute aber eine zu enge Auslegung des Gesetzes, wenn gefolgert würde, daß andere als die im § 1836 BGB. hervorgehobenen Umstände nicht berücksichtigt werden dürften. Die Sollvorschrift des § 1836 BGB., Abs. 1, S. 3, wolle lediglich verhüten, daß ohne das Vorliegen der hervorgehobenen Umstände eine Vergütung festgesetzt werde, da nach der Regel des Abs. 1, S. 1, die Vormundschaft unentgeltlich zu führen sei. Im übrigen könne aus Abs. 1, S. 3, in keiner Weise entnommen werden, daß das Vormundschaftsgericht andere als die dort für erheblich erachteten Umstände — sei es im Sinne der Zubilligung oder Versagung einer Vergütung — nicht zu berücksichtigen habe. Im Gegenteil lasse das Gesetz durch die Zulassung einer „angemessenen" Vergütung dem richterlichen Ermessen den freiesten Spielraum. Der Ansicht von Josef[127]) sei daher nicht beizutreten und der von ihm besprochenen Entscheidung des Kammergerichts[128]) keine grundsätzliche Bedeutung beizumessen. Es könne deshalb, wenn sie das Vormundschaftsgericht auch nicht binde, eine Vereinbarung der Beteiligten über die Zubilligung oder die Höhe der Vergütung doch

---

[125]) Fuchs a. a. O., Anm. 2 c zu § 1836.
[126]) KGJ. 45, S. A 52 ff.
[127]) Josef a. a. O.
[128]) KGJ. 30, S. A 88.

von ihm bei Entscheidung der Frage, ob die Zubilligung einer Vergütung angemessen sei, in Betracht gezogen werden. Nötigenfalls seien vom Vormundschaftsgericht gemäß § 12 FGG. die nötigen Ermittlungen anzustellen. Dieser letzteren Auffassung des Kammergerichts ist nicht beizutreten. Sie führt dahin, daß das Vormundschaftsgericht zu einer Entscheidung über privatrechtliche Abmachungen der Parteien befugt wird, daß also ein strittiger Rechtsfall im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden wird. Für eine solche Entscheidung ist das Vormundschaftsgericht aber nicht zuständig. Es ist zwar zuzugeben, daß das Vorhandensein von Mündelvermögen und ein gewisser Umfang und Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte vom Gesetz als Mindesterfordernis der Bewilligung einer Vergütung gefordert werden. Auch gibt das Gesetz durch die Fassung des § 1836, Abs. 1, S. 2, und durch die Zulassung einer „angemessenen" Vergütung dem richterlichen Ermessen freiesten Spielraum. Das Kammergericht verkennt aber, daß das Gesetz dem Richter diesen Spielraum nur innerhalb seiner Zuständigkeit als Vormundschaftsrichter zubilligen will und kann. Es dürfte doch wohl keinem Zweifel unterliegen, daß ein Vormundschaftsrichter nicht über privatrechtliche Abmachungen der Parteien Recht sprechen darf. Diese Befugnis gesteht das Kammergericht dem Vormundschaftsrichter aber zu, wenn es ausführt, daß es eine Vereinbarung der Beteiligten über die Zubilligung oder Höhe der Vergütung zu berücksichtigen habe. Denn eine solche Vereinbarung der Beteiligten kann lediglich privatrechtlicher Natur sein. Würde man der Ansicht des Kammergerichts folgen, dann müßte man konsequenterweise also feststellen, daß § 1836 BGB. eine Erweiterung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts enthalte. Aus dieser unhaltbaren Schlußfolgerung ergibt sich ohne weiteres, daß die Ansicht des Kammergerichts abzulehnen ist. Innerhalb seiner Zuständigkeit hat das Vormundschaftsgericht allerdings aus den schon dargelegten Gründen weitesten Spielraum für die Bemessung der Vergütung und kann auch hierfür andere als die im Gesetz angeführten Umstände, die nur ein Mindesterfordernis darstellen, berücksichtigen. Insoweit ist dem Kammergericht durchaus zuzustimmen. Diese Umstände werden fast ausnahmslos aus tatsächlichen Vorgängen be-

stehen. Das Vormundschaftsgericht kann also den besonderen Pflichteifer, die Sorgfalt und die Zuverlässigkeit des Vormunds und seine erzielten Erfolge berücksichtigen[129]). Desgleichen kann berücksichtigt werden, daß der Vormund ein sehr naher Verwandter des Mündels ist, dem naturgemäß eher eine Arbeitsleistung für den Mündel zugemutet werden kann als einer dritten Person. Die Beurteilung dieser Umstände hält sich im Rahmen der vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeit, nicht aber die Beurteilung privatrechtlicher Verträge der Beteiligten. Die Auffassung des Kammergerichts führt auch zu groben Unbilligkeiten. Es kann keiner Partei zugemutet werden, privatrechtliche Streitigkeiten von einem Vormundschaftsgericht entscheiden zu lassen, da sie dadurch in der Besetzung des Gerichts und im Rechtsmittelzug stark benachteiligt wäre. Dies scheint das Kammergericht auch erkannt zu haben, denn es führt zum Schluß aus[130]): „Das Vormundschaftsgericht werde sich immer vor Augen halten müssen, daß es durch die Versagung der Vergütung oder durch die Zubilligung eines geringeren als des geforderten Betrages insoweit die Entstehung einer Vergütungsforderung des Vormunds ausschließe, während, wenn die Vergütung in der beantragten Höhe festgesetzt werde, dem früheren Mündel die Einreden, die ihm aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen des früheren Vormunds erwachsen seien, erhalten blieben, ebenso wie alle sonstigen Einwendungen und Gegenforderungen." Diese, man kann wohl sagen, Mahnung, schützt die Parteien aber nicht. Ein weit besserer Schutz ist der, daß das Vormundschaftsgericht sich Entscheidungen über privatrechtliche Streitigkeiten, die ihm auch gesetzlich gar nicht zustehen, enthält und diese Entscheidungen den zuständigen ordentlichen Gerichten überläßt. Dadurch kann nie ein Schaden entstehen, da trotz Entscheidung des Vormundschaftsgerichts beiden Parteien ihre aus dem Vertragsverhältnis entspringenden Rechte erhalten bleiben.

Das Vormundschaftsgericht hat bei der Bewilligung der Vergütung auch nicht zu prüfen, ob die Amtsführung des Vormunds

---

[129]) Boschan, Ersatz der allgemeinen Geschäftsunkosten des Nachlaßpflegers im Recht 1917, S. 398.

[130]) KGI. 45 A 55.

zu bemängeln und dieser sich etwa gemäß § 1833 BGB. dem Mündel gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat[131]). Eine Prüfung dieser Schadensersatzpflicht würde ebenfalls die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts überschreiten. Für diese Prüfung ist das Prozeßgericht zuständig. Es bleibt dem Mündel natürlich unbenommen, seine etwaigen Gegenansprüche durch Aufrechnung, Zurückbehaltung oder auch im Prozeß geltend zu machen. Ich komme also zu dem Schluß, daß § 1836 BGB. für die Gewährung einer Vergütung nur Mindestforderungen aufstellt und daß das Vormundschaftsgericht bei der Bewilligung sämtliche sonst noch für die Bemessung der Vergütung in Frage kommenden Umstände zu berücksichtigen hat, jedoch nur innerhalb seiner Zuständigkeit. Zu seiner Zuständigkeit gehört es nicht mehr, privatrechtliche Abmachungen oder sonstige Ansprüche zu beurteilen.

Ein besonderer Fall ist der, daß ein Vormund, der bei seiner vormundschaftlichen Tätigkeit gleichzeitig für dritte Personen tätig wird, schon von diesen dritten Personen für seine Tätigkeit entlohnt wird. Die Beurteilung dieses Umstandes, nämlich der Entlohnung von dritter Seite, liegt durchaus innerhalb der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Wenn das Kammergericht[132]) entschieden hat, daß der Vormund in solchem Fall keine Vergütung zu beanspruchen hat, so ist dieser Auffassung des Kammergerichts voll und ganz beizutreten. Hier muß das Prinzip der unentgeltlichen Führung der Vormundschaft in den Vordergrund treten. Wenn der Vormund schon von dritter Seite für seine Tätigkeit voll entlohnt wird, dann erscheint es nicht billig, ihm auch noch dafür, daß er gleichzeitig auch noch als Vormund tätig war, eine Vergütung zu bewilligen. Eine solche Tätigkeit, die dem Vormund nicht einmal Mehrarbeit oder sonstige Unkosten bringt, ist ihm durchaus zuzumuten. In einem solchen Falle eine Vergütung bewilligen, hieße die Vormundschaft zu einem bezahlten Geschäft machen.

---

[131]) KG. in OLGE. 18, S. 293/94; RGRK., Anm. 1 zu § 1836; KGI. 35, S. A 30.
[132]) KG. im Recht 1906, S. 565, Nr. 1313.

c) Änderung der Vergütungsbewilligung während Bestehens der Vormundschaft.

α) Für die Vergangenheit.

Wenn das Vormundschaftsgericht nun gemäß § 1836 BGB. eine Vergütung bewilligt hat, dann ergibt sich die Frage, ob das Vormundschaftsgericht auch in der Lage ist, seine getroffene Entscheidung wieder aufzuheben, sei es, daß es sich zuerst geirrt hat, sei es, daß es getäuscht worden ist.

Bei der Entscheidung über die einem Vormund zu bewilligende Vergütung handelt es sich um eine Entscheidung auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit ist daher auf die Bewilligungsverfügung anwendbar. Nach § 18, S. 1, FGG. kann das Vormundschaftsgericht eine erlassene Verfügung jederzeit abändern, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt hält. Da es zur Bewilligung einer Vergütung eines Antrags des Vormunds nicht bedarf, kommt § 18, S. 2, FGG., wonach eine Verfügung, die nur auf Antrag ergehen kann und der Antrag zurückgewiesen ist, nur auf Antrag geändert werden darf, nicht in Betracht. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß das Vormundschaftsgericht seine getroffene Entscheidung jederzeit abändern kann. Nun hat aber Unger[133]) hervorgehoben, daß gemäß § 32 FGG. eine Verfügung, die eine andere vorhergegangene aufhebe, keine rückwirkende Kraft habe. Deshalb könne dem Vormund die einmal bewilligte Vergütung nicht wieder genommen werden. Dieser Einwand schlägt jedoch nicht durch, wie Josef[134]) nachweist. Denn dieser Grund hat nur zur Folge, daß der durch die frühere (die Vergütung bewilligende) Verfügung geschaffene Rechtszustand als bis zur neuen (aufhebenden) Verfügung rechtswirksam bestanden anerkannt wird, d. h. also: Der Vormund braucht die erhaltenenen Beträge nicht schon vom Tage des Empfangs an zu verzinsen, sondern erst seit der Bekanntmachung der

---

[133]) Unger, die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht in ZZP. 36, S. 31.

[134]) Josef, Wiederaufhebung der dem Vormunde bewilligten Vergütung bei Gruchot 65, S. 464 und: Die rückwirkende Kraft der Aufhebung der Vergütungsbewilligung für den Vormund im Recht 1915, S. 574.

abändernden Verfügung (§ 16 FGG.). Auch die Fassung des § 1836, Abs. 2, BGB.: „Die Vergütung kann jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden," spricht nicht gegen diese Auffassung, wenn auch versucht worden ist, im Wege des Gegenschlusses die Richtigkeit der Behauptung, daß dem Vormund die für die Vergangenheit einmal bewilligte Vergütung nicht mehr entzogen werden könne, zu beweisen. Denn nach den Motiven [135]) ist diese Bestimmung lediglich in das Gesetz aufgenommen, um der während der Geltungsdauer der Preuß. Vormundschaftsordnung vielfach vertretenen Auffassung entgegenzutreten, der Vormund oder Gegenvormund habe durch die Zubilligung des Honorars von seiten des Vormundschaftsgerichts auch für die Zukunft ein festes, wohlerworbenes, im Prozeßwege verfolgbares Recht auf das Honorar, welches ihm trotz veränderter Umstände durch das Vormundschaftsgericht nicht wieder entzogen oder eingeschränkt werden könne. Es ist daher verfehlt, aus der Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz andere Schlüsse ziehen zu wollen.

Daß § 1836, Abs. I, S. 2, einer Änderung nach den allgemeinen Bestimmungen nicht entgegenstehen sollte, ergibt sich weiter aus folgenden Sätzen der Motive [136]): „Das Vormundschaftsgericht, indem es das Honorar bewilligt, schließt nicht als Vertreter des Mündels mit dem Vormunde einen Vertrag ab, sondern handelt kraft seiner Amtsgewalt und gewährt in dieser Eigenschaft dem Vormunde ein Recht gegen den Mündel, aber nur ein solches Recht, welches in seinem Bestande von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängig bleiben soll. Solange das Vormundschaftsgericht jene Verfügung nicht geändert hat, ist dagegen für die Vergangenheit dem Vormunde ein festes Recht erworben, welches ihm nicht mehr entzogen und nötigenfalls im Prozeßwege geltend gemacht werden kann."

Die Motive selbst stehen also auf dem Standpunkt, daß die Bewilligungsverfügung stets von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängig bleiben soll. Wenn die Motive dann fortfahren, daß sich aus dieser Auffassung von selbst ergebe, daß die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welches das Honorar

[135]) Motive IV, S. 1183.
[136]) Motive a. a. O.

zugebilligt werde, auch im Wege der Beschwerde wider das Gericht abgeändert werden könne, die näheren Bestimmungen in dieser Beziehung, namentlich über die Wirkung einer im Rechtsmittelverfahren ergehenden abändernden Entscheidung, evtl. in dem Gesetze über das Verfahren in Vormundschaftssachen zu treffen seien, so ergibt sich daraus, daß für die Wiederaufhebung der Bewilligungsverfügung nicht das BGB. und damit auch nicht der § 1836 maßgebend sein sollte, sondern „das Gesetz über das Verfahren in Vormundschaftssachen". Dieses Gesetz ist heute das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwiligen Gerichtsbarkeit.

Zwar führen die Motive nur den Fall der Beschwerde an. Aber sie verweisen doch auf das „Gesetz über das Verfahren". Es war auch nicht möglich, von vornherein sämtliche Möglichkeiten des zu schaffenden Gesetzes auszuführen. Die Beschwerde lag als anzuführendes Beispiel für eine Wiederaufhebung überhaupt am nächsten, deswegen führte man sie an. Den ganzen Komplex einer Wiederaufhebung wollte man eben dem künftigen Gesetz überlassen. Danach ist aber auch § 18 FGG. anwendbar. Im übrigen müßte aber auch, worauf das Kammergericht hinweist [137]), an sich schon für die Aufhebung von Amts wegen gemäß § 18 FGG. dasselbe gelten wie für die von den Motiven angeführte Aufhebung im Beschwerdewege. Denn die Aufhebung hat in beiden Fällen im wesentlichen die gleiche Wirkung, nur daß sie in dem einen Fall auf Anfechtung des Beschwerdeberechtigten, im anderen Fall im Wege der sogenannten „Selbstanfechtung" durch die verfügende Behörde erfolgt. Der § 1836, Abs. 1, S. 4, BGB. steht danach der Entziehung der Vergütung gemäß § 18 FGG. auch für die Vergangenheit nicht entgegen. Der Anspruch des Vormunds steht vielmehr immer unter dem Vorbehalt, daß das Vormundschaftsgericht seine Bewilligungsverfügung bestehen läßt [138]). Zu einer solchen Wiederaufhebung von Amts wegen muß das Gericht auch unbedingt be-

---

[137]) KGI. 51, S. 46.

[138]) so auch OLG. Hamburg in OLGE. 33, S. 373; Kipp-Wolff a. a. O., S. 492, Engelmann-Keidel, Anm. 1 a zu § 1836, RGRK., Anm. 1 zu § 1836. Einen entgegengesetzten Standpunkt vertreten — allerdings ohne nähere Begründung —: BayrObLG. in OLGE. 30, S. 153; Fuchs a. a. O., Anm. 3 a zu § 1836 und Planck, Anm. 7 zu § 1836.

fugt sein, um Irrtümer und Täuschungen, denen es unterlegen ist, wieder gutzumachen. Die Möglichkeit, die Vergütung später wieder zu ändern, wird auch nicht dadurch genommen, daß der Vormund inzwischen auf Grund der ersten Bewilligung ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat. Denn ein solches Urteil stellt lediglich die Durchsetzung des dem Vormund durch die Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts zuerkannten Anspruchs dar, berührt aber die den Anspruch begründende Bewilligungsverfügung selbst nicht. Das Vormundschaftsgericht wird durch eine solche Entscheidung des ordentlichen Gerichts nicht gebunden, sondern ist jederzeit in der Lage, seine Verfügung wieder zu ändern [138a]).

αα) Wirkungen dieser Wiederentziehung.

Die Wirkungen, die ich an eine spätere Wiederaufhebung bzw. Änderung der vormundschaftlichen Bewilligungsverfügung knüpfen, sind je nach der Sachlage verschieden. Wird die dem Vormund zuerkannte Vergütung erhöht, dann erhöht sich damit auch der Anspruch des Vormunds. Dieser Fall bietet nichts besonderes und ist ebenso gelagert, wie wenn zum ersten Mal eine Vergütung festgesetzt wird. Wird die Vergütung herabgesetzt oder ganz entzogen, dann hat der Vormund, wenn er sich inzwischen aus dem in seinem Besitz befindlichen Mündelvermögen befriedigt hat, was er darf, da es sich lediglich um ein Erfüllungsgeschäft handelt, das Zuvielerlangte bzw. alles gemäß §§ 812 ff BGB. herauszugeben, da der rechtliche Grund des Geschäftes, nämlich die anspruchserzeugende Verfügung des Vormundschaftsgerichts, fortgefallen ist. Noch anders gestaltet sich der Fall, wenn der Vormund ein rechtskräftiges Urteil gegen den Mündel erwirkt hat. Ist die Aufhebung bzw. Herabsetzung der dem Vormund vom Vormundschaftsgericht zugebilligten Vergütung nach dem Erlaß des Urteils, aber vor Durchführung der Zwangsvollstreckung erfolgt, so kann der Mündel sich gegen die Folgen dieses Urteils mit der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. wehren. Hat aber bereits die Zwangsvollstreckung sattgefunden, oder hat der Mündel vor Einleitung der Zwangsvollstreckung freiwillig gezahlt, so kann der Mündel

[138a]) OLG. Hamburg in OLGE. 33, S. 373.

ebenfalls auf Grund von §§ 812 ff den überschießenden Betrag bzw. alles zurückverlangen. Die einzige Schwierigkeit, die sich in diesem Fall zeigt, ist die Frage, ob diesem Anspruch nicht die Rechtskraft des ersten Urteils entgegensteht. Dies verneint Josef[139]). Der Anspruch des Vorprozesses stütze sich auf die Tatsache, daß die Verfügung des Vormundschaftsgerichtes wirksam sei und es sei dort darüber entschieden, welche Ansprüche dem Pfleger aus dieser Verfügung zuständen. Dagegen gründe sich der Rückforderungsanspruch des Erben umgekehrt auf die Tatsache, daß jene Verfügung des Vormundschaftsgerichts durch das Beschwerdegericht aufgehoben sei und es sei jetzt zu entscheiden, welche Ansprüche dem Erben aus der Aufhebung der Verfügung gegen den Pfleger zuständen. Das Urteil des Vorprozesses habe zur unverrückbaren Grundlage die Tatsache, daß im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Beklagten RM. 400.— bewilligt wären und bewilligt blieben. Der Wegfall dieser letzteren Tatsache sei der Klaggrund des neuen Rechtsstreits, der sich darauf stütze, daß der Pfleger die RM. 300.— nunmehr ohne rchtlichen Grund erhalten habe und er danach zur Herausgabe verpflichtet sei. Den gleichen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht[140]) sowie das OLG. Hamburg. Dieser Auffassung, der sich auch Fuchs[141]) an-

---

[139]) Josef, Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Bewilligung der Pflegervergütung in Arch.f.bürgl.Recht 32, S. 366. Josef geht von folgendem Fall aus: Für einen abwesenden Erben war eine Nachlaßpflegschaft angeordnet worden. Das Vormundschaftsgericht hatte dem Pfleger daraufhin eine Vergütung von 400 RM. zugebilligt. Diese 400 RM. hatte der Pfleger nach Erlangung eines rechtskräftigen Urteils beigetrieben. Dann hatte der Erbe gegen die Verfügung Beschwerde eingelegt mit dem Erfolg, daß jetzt die Verfügung auf 100 RM. festgesetzt wurde. Der Pfleger verweigerte die Zurückzahlung der zuviel beigetriebenen 300 RM. Daß es sich hier um einen Pfleger handelt und nicht um einen Vormund, ist belanglos, da bezüglich der Vergütung für beide dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen. Auch daß die Vergütungsbewilligung im Beschwerdeverfahren und nicht von Amts wegen gemäß § 18 FGG. aufgehoben wurde, ist unbeachtlich, da die Wirkungen wie bereits im § 10 c α angeführt, durchaus dieselben sind.

[140]) RGE., Bd. 46, S. 67/68; OLGE. 33, S. 373.

[141]) Fuchs a. a. O., 2 c zu § 1836. Fuchs vertritt diesen Standpunkt natürlich nur für den Fall, daß das Beschwerdegericht die Bewilligungsverfügung wieder aufgehoben hat, da er ja die Möglichkeit, daß das Vormundschaftsgericht die Vergütung später wieder aufheben kann, ablehnt.

geschlossen hat, ist beizutreten, da nur sie der Billigkeit entspricht. Denn wenn der Mündel das Zuvielgeleistete vom Vormund zurückerhalten kann, wenn dieser sich aus dem von ihm verwalteten Mündelvermögen befriedigt hat oder zwar schon ein rechtskräftiges Urteil erlangt, aber noch nicht vollstreckt hat, dann muß er auch seinen Anspruch durchsetzen können, wenn der Vormund schon aus dem Urteil vollstreckt hat, da die bloße Tatsache der Vollstreckung ihn unmöglich um seinen Anspruch bringen kann.

β) für die Zukunft.

In der Art und Weise, wie das Vormundschaftsgericht eine Vergütung zubilligen will, hat es absolut freie Hand. So kann es die Vergütung einmalig für die gesamte vormundschaftliche Tätigkeit zubilligen. Es kann aber auch von vornherein für bestimmte Zeitabschnitte eine feste, wiederkehrende Vergütung festsetzen [142]). Gemäß § 1836 Abs. 1, S. 4 kann es diese für die Zukunft bereits bewilligte Vergütung jederzeit wieder ändern oder entziehen. Diese Bestimmung ist eigentlich selbstverständlich. Denn ebenso, wie das Vormundschaftsgericht eine für die Vergangenheit bewilligte Vergütung gemäß § 18 FGG. wieder entziehen kann, kann es auch eine für die Zukunft bewilligte Vergütung wieder entziehen, da ein sachlicher Unterschied zwischen diesen beiden Bewilligungsverfügungen nicht besteht. Die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz ist auch lediglich aus den im § 10 c α erörterten Gründen erfolgt.

d) Bewilligung einer Vergütung nach Beendigung der Vormundschaft.

Die Bewilligung einer Vergütung durch das Vormundschaftsgericht wird vielfach davon abhängen, ob das Vormundschaftsgericht die Art und den Umfang der vom Vormund abgewickelten Geschäfte und damit den Wert seiner Arbeit voll übersehen kann. Dies wird, jedenfalls für einen bestimmten Zeitabschnitt, oft erst

[142]) Philler, Vormundschaftsrecht, Anm. 4, Abs. 2 zu § 1836.

nach Beendigung der Vormundschaft bei Legung der Schlußrechnung möglich sein. Es fragt sich daher, ob das Vormundschaftsgericht noch zu dieser Zeit, also nach Beendigung der Vormundschaft, eine Vergütungsbewilligung rechtsgültig erlassen kann. Hierüber herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Die Praxis [143]) hat sich fast einmütig auf den Standpunkt gestellt, daß die Bewilligung einer Vergütung nach Beendigung der Vormundschaft möglich sei. Das Kammergericht, dessen Ausführungen sich die übrigen angeführten Gerichte im wesentlichen angeschlossen haben, begründet seinen Standpunkt damit, daß mit der Volljährigkeit des Mündels weder die Tätigkeit des Vormunds, noch die des Vormundschaftsgerichts beendigt sei. Der Vormund habe noch das verwaltete Vermögen herauszugeben und Rechenschaft abzulegen (§§ 1890/92 BGB.). Ferner habe er diejenigen Geschäfte weiterzuführen, mit deren Aufschub Gefahr verbunden sei. (§§1893, 1682/83 BGB.) Das Vormundschaftsgericht habe noch die Rechnung entgegenzunehmen und zu prüfen (§§ 1892/93 BGB.), ferner die nötige Genehmigung zur Erhebung angelegter Gelder (§1809 BGB.) oder auch zur Herausgabe hinterlegter Wertpapiere (§ 1814 BGB.) zu erteilen, sowie auch die vom Vormund geleistete Sicherheit (§ 1844 BGB.) freizugeben. Aus diesen Umständen folgere, daß die Amtsgewalt des Vormundschaftsgerichts noch nicht zugleich mit der Beendigung der Vormundschaft erlösche, sondern bis zur vollständigen Abwicklung der auf der Führung der Vormundschaft beruhenden Geschäfte fortdaure. Hierzu gehöre auch die Bewilligung einer Vergütung. Dies sei auch dadurch gerechtfertigt, daß sich die für die Bemessung der Vergütung maßgeblichen Umstände sehr oft vor Beendigung der Vormundschaft garnicht übersehen ließen. Dieser Auffassung haben sich in der Literatur u. a. Dernburg, Kipp-Wolff, Planck und Crome angeschlossen. Strikte gegen diese Auffassung stehen Opet v. Blume, Schrö-

---

[143]) BayrObLGZ., Bd. 6, S. 749; Bd. 15, S. 109. KGI., Bd. 21, S. A 200 ff. Bd. 45, S. 49 ff., Bd. 53, S. 77 ff. OLG. Colmar in OLGE. 24, S. 46 ff.

[144]) Dernburg, Bürgl. Recht § 104, Note a, S. 371. Kipp-Wolff a. a. O., S. 492, Anm. 5. Planck a. a. O., Nr. 11 zu § 1836. Crome, System des bürgl. Recht § 625, Anm. 25 (4. Bd.). Ferner RGRK., Anm. 1 zu § 1892; Schultheiß, Obervormundschaftliche Genehmigung nach Beendigung der Vormundschaft in ZBlFG. 15, S. 158.

der-Mugdan, sowie besonders Fuchs[145]). Fuchs führt aus, daß mit der Vormundschaft selbst notwendig auch das vormundschaftliche Aufsichtsrecht, aus dem das Vormundschaftsgericht seine Befugnis zur Zubilligung des Honorars entnehme, endige. Das Vormundschaftsgericht sei nur insoweit berechtigt, nach Beendigung der Vormundschaft eine amtliche Befugnis auszuüben, als dies das Gesetz ausdrücklich bestimme (vgl. § 1892). Aus der Vorschrift des § 1892 könne um so weniger ein Schluß auf den vorliegenden Fall gezogen werden, als es sich in diesem Ausnahmefall um eine Verrichtung des Vormundschaftsgerichts handele, die ihrem Wesen nach erst nach Beendigung der Vormundschaft erfolgen könne. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts sei in diesem Falle auch lediglich eine vermittelnde, nicht eine Aufsichtstätigkeit. Gegen seine Ansicht spreche auch nicht etwa die Vorschrift des § 1844 Abs. 2, denn sie beziehe sich nicht auf die Zeit nach Beendigung der Vormundschaft. Auch der vom Kammergericht angeführte Grund, daß das Vormundschaftsgericht, soweit zur Erhebung angelegter Gelder (§ 1809) oder zur Herausgabe hinterlegter Wertpapiere (§ 1814) die gerichtliche Genehmigung erforderlich sei, diese noch nach Beendigung der Vormundschaft zu erteilen habe, spräche — vorausgesetzt, daß es überhaupt richtig wäre — nicht gegen seine Meinung. Denn in diesen Fällen handele es sich gerade, wie das Kammergericht hervorhebe, um solche Funktionen des Vormundschaftsgerichts, die auf die Lösung der durch die Vormundschaft hervorgerufenen Rechtsverhältnisse gerichtet seien. Bei der Bewilligung der Vergütung handele es sich aber um Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses. Einen besonderen Standpunkt vertritt Engelmann-Keidel[146]). Das Vormundschaftsgericht sei nach Beendigung der Vormundschaft nicht mehr in der Lage, eine Vergütung zu bewilligen. Wenn dem Vormund bei Bestehen der Vormundschaft noch keine Vergütung bewilligt sei, so könne er, falls er sich nicht mit dem Mündel einige, gegen den Mündel Klage erheben und das Prozeßgericht habe dann nach § 1836 zu entscheiden, ob und in welcher Höhe eine Ver-

[145]) Opet-v. Blume a. a. O., Anm. 7 zu § 1836. Schröder-Mugdan, Deutsches Vormundschaftsrecht S. 346. Fuchs a. a. O., Anm. 2 zu § 1836.

[146]) Engelmann-Keidel a. a. O., Anm. 3 zu § 1836.

gütung zu gewähren sei. Die Auffassung, daß bei Beendigung der Vormundschaft auch Klagerhebung nicht mehr zulässig sei, könne zu den unbilligsten Ergebnissen führen. Was zunächst die Ausführungen von Engelmann-Keidel betrifft, so ist die Ansicht, daß das Prozeßgericht nach Beendigung der Vormundschaft an Stelle des Vormundschaftsgerichtes über die Bewilligung der Vergütung zu befinden habe, unbedingt abzulehnen. Eine solche Klage müßte das Prozeßgericht ohne weiteres wegen Unzuständigkeit abweisen. Anderenfalls würde es gegen die Zuständigkeitsbestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes verstoßen, also eine Gesetzesverletzung begehen. Ebensowenig, wie ein Prozeßgericht über eine Straftat oder über einen Verwaltungsakt urteilen darf, darf es eine Vergütung für den Vormund bewilligen. Denn die Bewilligung einer Vergütung ist Aufgabe des Richters der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist unmöglich, sich aus Billigkeitserwägungen heraus über grundlegende Zuständigkeitsgrenzen hinwegzusetzen. Eine Leistungsklage auf Zahlung einer Vergütung kann der Vormund ebenfalls nicht mit Erfolg anstrengen, da er, wie bereits unter II § 10a ausgeführt ist, keinen Anspruch hat. Denn dieser wird erst mit der Bewilligungsverfügung existent.

Auch die von den bereits angeführten Schriftstellern vertretene Anschauung, daß das Vormundschaftsgericht nach Beendigung der Vormundschaft nicht mehr in der Lage sei, eine Vergütung zu bewilligen, ist abzulehnen. Wenn Fuchs[147]) sagt, daß es sich bei den vom Kammergericht als Beispiel der weiteren Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts nach Beendigung der Vormundschaft angeführten Paragraphen des BGB. um solche Funktionen handele, die auf die Lösung der durch die Vormundschaft hervorgerufenen Rechtsverhältnisse gerichtet seien, so mag das insofern stimmen, als diese Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes als weitere Folge vielfach die Lösung von Rechtsverhältnissen bedingt. Auf diese sich von selbst ergebenden weiteren Folgen kommt es aber garnicht an. Denn das Vormundschaftsgericht selbst schafft keine Rechtsverhältnisse, sondern handelt kraft seiner Amtsgewalt. Das betonen die Motive[148]) ausdrücklich: „Das Vormundschaftsgericht,

[147]) Fuchs a. a. O.
[148]) Motive IV, S. 1183.

indem es Honorar bewilligt, schließt nicht als Vertreter des Mündels mit dem Vormunde einen Vertrag ab, sondern handelt kraft seiner Amtsgewalt." Bei der Frage, ob das Vormundschaftsgericht auch noch nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung bewilligen kann, handelt es sich lediglich darum, ob dem Vormundschaftsgericht zu diesem Zeitpunkt noch die nötige Amtsgewalt zur Seite steht, auf Grund deren es eine Vergütung bewilligen kann. Daß das Vormundschaftsgericht auch noch nach Beendigung der Vormundschaft Amtsgewalt hat, geht aus der vom Kammergericht a. a. O. angeführten Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts nach Beendigung der Vormundschaft hervor. (§§ 1890, 92, 1893, 1809, 1814, 1844.) Darauf, daß als Folge dieser Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts auch Rechtsverhältnisse gelöst werden, kommt es — wie schon gesagt — nicht an. Daß diese Folgen überwiegend Lösungen von Rechtsverhältnissen bedingen, liegt in der Natur der Sache, da ja die Vormundschaft beendigt ist, ändert aber nichts an der Tatsache, daß aus dieser Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts ein Weiterbestehen seiner Amtsgewalt über die Beendigung der Vormundschaft hinaus hervorgeht. Kraft dieser Amtsgewalt kann das Vormundschaftsgericht auch noch eine Vergütung bewilligen. Denn diese Bewilligungsbefugnis ist nicht an die Beendigung der Vormundschaft als solcher, sondern an die Beendigung der Amtsgewalt, aus der die Befugnis des Vormundschaftsgerichts zum Erlaß seiner Bewilligungsverfügung resultiert, geknüpft. Wenn Fuchs a. a. O. weiter ausführt, daß die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts im Falle des § 1892 BGB. lediglich eine vermittelnde, aber keine Aufsichtstätigkeit sei, so ist dem ebenfalls nicht zuzustimmen. Zwar vermittelt das Vormundschaftsgericht die Rechnung mit den Beteiligten, aber dieses Recht bzw. Pflicht zur Vermittlung fließt aus seiner Aufsichtstätigkeit. Das erhellt auch daraus, daß das Vormundschaftsgericht befugt ist, Ordnungsstrafen gegen den Vormund zu verhängen, wenn er die Rechnung nicht oder nicht ordnungsgemäß einreicht. Hier von einer lediglich vermittelnden Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts zu sprechen, ist nicht möglich.

Aus der ganzen angeführten Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich also ein Fortbestehen seiner Amtsgewalt über

das Ende der Vormundschaft hinaus. Auf Grund dieser Amtsgewalt ist es befugt, auch noch nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung zu bewilligen. Selbstverständlich kann aber das Vormundschaftsgericht, worauf eine Entscheidung des OLG. Colmar hinweist [149]), nicht mehr in solchen Angelegenheiten verfügen, deren Ordnung jetzt ausschließliche Sache des bisherigen Mündels ist. Seine Befugnisse beschränken sich nach Beendigung der Vormundschaft lediglich auf solche Angelegenheiten, die nur von ihm geordnet werden können.

Die hier vertretene Auffassung ist vor allem billig und gerecht. Denn es wäre ungerecht, wenn ein Vormund, der treu und gewissenhaft viele Jahre hindurch eine verantwortliche Vormundschaft geführt hat, keine Vergütung erhalten sollte, weil er vor Beendigung der Vormundschaft dies nicht beantragt hat, oder weil das Vormundschaftsgericht die für die Bewilligung und Bemessung des Betrages maßgeblichen Umstände vor Beendigung der Vormundschaft nicht übersehen konnte und deshalb vorerst keine Vergütung bewilligte. In einem solchen Falle dem Vormundschaftsgericht die Befugnis abzusprechen, auch noch nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung zu bewilligen, hieße allzu sehr am Buchstaben des Gesetzes haften.

e) Bewilligung einer Vergütung für Handlungen des Vormunds nach Beendigung der Vormundschaft.

α) gemäß §§ 1893/1682 BGB.

Gemäß § 1893 BGB. finden im Falle der Beendigung der Vormundschaft die §§ 1682, 1683 BGB. entsprechende Anwendung.

§ 1682 BGB. besagt — soweit es hier interessiert —, daß der Vater auch nach Beendigung der väterlichen Gewalt zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt ist, bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muß. Bis zur erlangten Kenntnis von der Beendigung der Vormundschaft kann der Vor-

[149]) OLGE. 24, S. 46.

mund also seine vormundschaftlichen Geschäfte genau so weiterführen, wie wenn die Vormundschaft noch bestände. Seine Rechte und Pflichten sind daher nach vormundschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen[150]). Er kann also, wenn die sonstigen Voraussetzungen zutreffen, ebenso seine Vergütung beanspruchen, als wenn er noch zu Recht Vormund wäre[151]). Denn wenn seine Stellung wie die eines Vormundes bei bestehender Vormundschaft behandelt wird, dann müssen auch seine ihm zustehenden Vergütungsansprüche nach demselben Gesichtspunkt behandelt werden. Es ist auch kein Grund einzusehen, weshalb man in diesem Fall verschiedene Gesichtspunkte anwenden wollte. Er gilt eben als Vormund. Engelmann-Keidel, Fuchs, v. Blume[152]) lehnen die Möglichkeit der Bewilligung einer Vergütung in diesem Fall auch wohl nur aus dem Grunde ab, weil sie prinzipiell auf dem Standpunkt stehen, daß mit Beendigung der Vormundschaft keine Möglichkeit für das Vormundschaftsgericht mehr gegeben sein soll, dem Vormund eine Vergütung zu bewilligen. Voraussetzung für die Bewilligung einer Vergütung ist in diesem Fall neben den sonstigen Voraussetzungen, daß der Vormund die Beendigung der Vormundschaft weder kannte, noch kennen mußte. Andernfalls kann er Ersatz nur nach den allgemeinen Gesichtspunkten der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

β) gemäß §§ 1893/1683 BGB.

Nach § 1683 BGB., auf den § 1893 BGB. ebenfalls verweist, hat der Vater, wenn die elterliche Gewalt infolge des Todes des Kindes endigt, diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann. Es handelt sich in diesem Fall also um Geschäfte, die der Vormund schon in die Wege geleitet hatte, als der Mündel noch lebte. Diese soll er beendigen, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden

---

[150]) Kipp-Wolff a. a. O., Anm. III zu § 126, S. 526.

[151]) Planck, Anm. I c zu § 1893.

[152]) Engelmann-Keidel a. a. O., Anm. 1 zu § 1893. Fuchs a. a. O., Anm. 1 zu § 1893. Opet-v. Blume a. a. O., Anm. 2 a zu § 1893.

ist. Auch hierfür wird der Vormund eine Vergütung vom Vormundschaftsgericht gemäß § 1836 BGB. verlangen können. Denn die Beendigung eines begonnenen Geschäfts hängt so eng mit der Führung der Vormundschaft zusammen, daß die Beendigung des Geschäfts noch zur vormundschaftlichen Tätigkeit zu rechnen ist. Auch wäre es höchst eigenartig und unzweckmäßig, wenn man dem Vormund für die eine Hälfte des Geschäftes eine Vergütung durch das Vormundschaftsgericht zubilligen wollte, bezüglich der anderen Hälfte ihn aber an den Erben verweisen wollte, der ihm nach den allgemeinen Gesichtspunkten haften müßte. Das Vormundschaftsgericht hat vielmehr bei der vorzulegenden Schlußrechnung auch diese dringenden Geschäfte, die noch zu beendigen waren, mit zu berücksichtigen und auch hierfür eine Vergütung gegebenenfalls festzusetzen. Dieselbe Ansicht geht auch aus einer Entscheidung des Landgerichts München [153]) hervor. Es heißt dort, daß ein Vormund, der nach dem Tode des Mündels vormundschaftliche Geschäfte, die aber aufschiebbar und von den Erben vornehmbar gewesen wären, vornehme, dafür nicht mehr Honorar (§ 1836 BGB.), sondern nur noch Vergütung als Geschäftsführer fordern könne. Das LG. München lehnt hier die Möglichkeit, eine Vergütung zu bewilligen, nur ab, weil die vom Vormund vorgenommenen Geschäfte durchaus aufschiebbar waren. Dem ist zuzustimmen. Wenn das LG. München aber sagt, der Vormund könne bei Fehlen der im § 1683 normierten Voraussetzungen „nicht mehr Honorar fordern", so geht daraus hervor, daß es dem Vormund beim Vorliegen dieser Voraussetzungen, und darum handelt es sich hier, eine Vergütung gemäß § 1836 zubilligen würde. Auch für die Tätigkeit, die notwendig nach Beendigung der Vormundschaft vorgenommen werden muß, z. B. Rechnungslegung gemäß § 1892 BGB., kann dem Vormund eine Vergütung bewilligt werden. Denn diese Rechnungslegung gehört zur vormundschaftlichen Tätigkeit und wird dem Vormund vom Gesetz zur Pflicht gemacht [154]).

Eng hiermit hängt auch die Frage zusammen, ob das Vormundschaftsgericht einem Vormund, der eine Vormundschaft geführt hat, die ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein-

[153]) LG. München in ZBlFG. 7, S. 316, Nr. 258.
[154]) KG. in OLGE. 26, S. 117.

geleitet worden ist, eine Vergütung rechtswirksam bewilligen kann. Das Vormundschaftsgericht kann nur dann eine Vergütung bewilligen, wenn die ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnete Vormundschaft gültig ist[155]), nicht aber, wenn sie ipso iure nichtig ist. Denn wenn überhaupt keine Vormundschaft besteht, hat das Vormundschaftsgericht auch keine Amtsgewalt und damit auch keine Macht, eine Vergütung zu bewilligen. Es handelt sich also hier im Grunde nur um die Frage, ob eine ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnete Vormundschaft gültig oder nichtig ist. Aus den Vorarbeiten für das FGG. läßt sich kein weiterer Schluß für diese Frage ziehen. Der von Planck im Jahre 1881 vorgelegte Entwurf[156]) hatte in den §§ 39, 68 die Nichtigkeitsgründe erschöpfend geregelt, ohne den vorliegenden Tatbestand zu erwähnen. In der Begründung (S. 85) hierzu heißt es, daß Verfügungen nicht nichtig seien, die, wenn sie an sich zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gehörten, ohne die gesetzlichen Voraussetzungen erlassen seien. Eine solche Verfügung könne nur durch Beschwerde für die Zukunft geändert werden. In dem von Planck im Jahre 1888 vorgelegten Entwurf[157]) waren die Nichtigkeitsgründe nicht erschöpfend geregelt. Dieser Entwurf steht auf dem Standpunkt, daß eine Verfügung, die unter gänzlicher Nichtachtung einer wesentlichen gesetzlichen Voraussetzung erlassen ist, nichtig ist (S. 17 des Entwurfs).

Die Motive zum BGB.[158]) verweisen unter Anführung eines anderen Falles auf das zu schaffende Gesetz. Das Gesetz (FGG.) selbst nimmt zu dieser Frage keine Stellung. In der Literatur und Judikatur lassen sich im wesentlichen zwei Richtungen zu dieser Frage unterscheiden. Die eine vertritt den Standpunkt, daß eine ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnete Vormundschaft gültig sei, bis sie durch das Vormundschaftsgericht selbst wieder aufgehoben werde. Zu dieser Gruppe zählen Fuchs,

---

[155]) KG. in OLGE. 43, S. 376.

[156]) Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren in Vormundschaftssachen und sonstigen das Familienrecht betreffenden Angelegenheiten.

[157]) Entwurf eines Gesetzes betreffend die Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit.

[158]) Motive IV, S. 2.

Planck, das LG. Stuttgart und das Kammergericht[159]). Die andere Gruppe hält unter den angeführten Umständen die Anordnung der Vormundschaft für nichtig. Zu dieser Gruppe zählt Engelmann-Keidel, Opet-v. Blume und Schlegelberger[160]). Einen vermittelnden Standpunkt vertritt Unger[161]). Danach soll die Anordnung nur dann nichtig sein, wenn wesentliche Voraussetzungen verletzt sind.

Die Ansicht von Unger ist abzulehnen, da das Kriterium „wesentliche" Voraussetzung völlig unbestimmt und daher ungeeignet ist. Diese Bestimmung wird auch nicht dadurch bestimmter, daß Unger ausführt, man könne zuweilen (!) schon durch den Ausdruck des Gesetzes erkennen, ob es sich um eine wesentliche Voraussetzung handle. Sei dies nicht der Fall, so müsse man aus dem Inhalt der Voraussetzung entnehmen, ob ihre Bedeutung eine so erhebliche sei, daß der Schluß sich rechtfertige, das Gesetz sehe sie als wesentlich an. Durch diese Ausführungen gibt Unger selbst zu, daß das Merkmal „wesentlich" völlig unbestimmt ist. Durch seine Ausführungen bestimmt Unger den Begriff „wesentlich" auch nicht, sondern umschreibt ihn nur und setzt an seine Stelle andere, ebenso unbestimmte und unbestimmbare Kriterien. Es wäre danach nie möglich, mit Sicherheit anzugeben, welche Vormundschaft nichtig und welche gültig wäre, da man darüber, ob eine Voraussetzung wesentlich ist, streiten kann. Das würde eine dauernde Unsicherheit zur Folge haben, die im Interesse der Rechtssicherheit durchaus vermieden werden muß.

Der Ansicht der zweiten Gruppe, wonach die ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnete Vormundschaft nichtig ist, ist m. E. beizutreten. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß — worauf auch Schlegelberger a. a. O. hinweist — grundsätzliche Erwägungen im Interesse der Rechtssicherheit und eines sachgemäßen Zusammenwirkens der Behörden dafür sprechen, eine solche Anordnung als gültig anzusehen, bis das Vormund-

---

[159]) Fuchs a. a. O., Anm. 9a zu § 1774, Planck, Anm. 5 zu § 1773, OLGE. 43, S. 375; OLGE. 43, S. 376.

[160]) Engelmann-Keidel, Anm. 7 zu § 1773, Opet-v. Blume, Anm. 4 zu § 1789, Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Auflage des Kommentars von Schultze-Görlitz-Oberneck, Anm. 6 zu § 7.

[161]) Unger, Rechtsmittel im Verfahren der FG. in ZZP. 34, S. 326 ff.

schaftsgericht sie wieder aufhebt. Aber im § 1882 BGB. ist ausdrücklich bestimmt, daß mit dem Wegfalle der im § 1773 BGB. für die Anordnung der Vormundschaft bestimmten Voraussetzungen die Vormundschaft endigt. Hieraus folgt, daß die Vormundschaft ebenso endigt, wenn die Voraussetzungen schon bei der Anordnung fehlten. In solchem Fall kann daher die Vormundschaft kraft Gesetzes gar nicht erst existent werden. Denn dem späteren Wegfall steht begriffsnotwendig ihr ursprünglicher Mangel gleich. Wenn Planck a. a. O. dagegen ausführt, daß, wenn das Gesetz einer Behörde die Entscheidung darüber zuweise, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Anordnung vorliege, hierdurch die von der Behörde getroffene Entscheidung für maßgebend erkläre und eine Änderung nur in dem vorgeschriebenen Instanzenzuge zulässig sei, wenn nicht das Gesetz etwas anderes bestimme, so ist dem an sich durchaus zuzustimmen. Hier bestimmt aber doch das Gesetz in § 1882 BGB. ausdrücklich etwas anderes und es ist unerfindlich, warum diese eindeutige Bestimmung hier keine Geltung haben soll. Planck vertritt die Ansicht, daß, wenn die Voraussetzungenn, von welchen die Zulässigkeit der Vormundschaft abhängt, z. B. die Minderjährigkeit des zu Bevormundenden von Anfang an nicht vorliegen, ein Wegfall dieser Voraussetzungen nicht möglich ist. Er schließt daraus, daß eine Beendigung der Vormundschaft nach § 1882 BGB. also nicht oder doch nur dann eintreten kann, wenn auch von dem Standpunkt der Anordnung aus, bei welcher z. B. irrtümlich angenommen ist, daß der unter Vormundschaft Gestellte erst zwanzig Jahre alt sei, die Voraussetzungen weggefallen sind, der unter Vormundschaft Gestellte also bei Zugrundelegung dieser Annahme 21 Jahre geworden ist. Diese Folgerung bezeichnet Planck selbst als eigentümlich und führt weiter aus, daß in solchem Falle die Vormundschaft eben nur durch Aufhebung von seiten des Vormundschaftsgerichts oder durch Beschwerde wieder beseitigt werden könne. Danach müßte das Gesetz also nicht auf die objektiv vorliegenden Voraussetzungen, sondern auf die vom Vormundschaftsgericht angenommenen Voraussetzungen abstellen. Das Gesetz müßte sich also lieber auf die Irrtümern unterworfene Feststellung des Vormundschaftsgerichts verlassen haben, als auf die

objektiv vorhandenen Tatsachen. Eine solche Auslegung des Gesetzes erscheint mir nicht möglich. Fuchs a. a. O. zieht zur Stütze seiner Ansicht den § 32 FGG. heran. Hieraus zieht er den Schluß, daß der Gesetzgeber selbst auf dem Standpunkt stehe, eine ungerechtfertigte Verfügung sei nicht nichtig. Denn sonst hätte er der Aufhebung der Verfügung Wirkung ex tunc beilegen müssen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 32 FGG. lediglich eine Sonderbestimmung zugunsten Dritter bezüglich der inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte enthält. Ebensogut könnte man daraus den Gegenschluß ziehen, daß diese Bestimmung vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgenommen werden mußte, um bei Nichtigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Verfügung zu verhindern, daß auch diese Geschäfte ex tunc nichtig sind. In seiner übrigen Begründung stimmt Fuchs a. a. O. im wesentlichen mit Planck a. a. O. überein.

Engelmann-Keidel a. a. O. führen aus, daß eine vom Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängige Anordnung nur im Instanzenzuge anfechtbar, also nicht nichtig sei. Dieser Ansicht, die auch nirgends bestritten ist[162]), ist durchaus beizutreten. Hier handelt es sich aber lediglich um die nicht vom Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängigen Voraussetzungen des § 1773 BGB. Soweit ferner der § 1882 BGB. nicht zur Anwendung kommt, die Vormundschaft also nicht kraft Gesetzes, sondern durch formelle Aufhebung von seiten des Vormundschaftsgerichts endigt (z. B. im Falle des § 1884 BGB.), bewendet es bei den bereits erörterten allgemeinen Gesichtspunkten, wonach durch die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Befugnis der Anordnung der Vormundschaft auf das Vormundschaftsgericht die ausschließliche Zuständigkeit des letzteren sowohl zur Prüfung der rechtlichen als der tatsächlichen Voraussetzungen anerkannt und seine Entscheidung daher als maßgebend erklärt ist[163]). Als Ergebnis ist daran festzuhalten, daß die ohne Vorliegen der im § 1773 BGB. bestimmten Voraussetzungen angeordnete Vormundschaft nichtig ist, soweit sie gemäß § 1882 BGB. endigt. Daraus folgt, daß das Vormundschaftsgericht dann auch keine Vergütung bewilligen kann.

---

[162]) vgl. Fuchs a. a. O., S. 33.
[163]) Fuchs u. Planck a. a. O.

Für diesen Fall erleidet auch die im § 10a aufgestellte Regel, daß das Prozeßgericht eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts nicht nachprüfen darf, eine Ausnahme. Denn das Prozeßgericht muß die Nichtigkeit beachten, da dem Vormund unter diesen Umständen gar kein Anspruch zusteht.

f) Bewilligung einer Vergütung nach dem Tode des Vormunds.

Des weiteren wäre zu prüfen, ob das Vormundschaftsgericht auch noch nach dem Tode des Vormunds in der Lage ist, eine Vergütung für den Vormund zu bewilligen. Das Kammergericht[164]) hat dies bejaht und ausgeführt, daß die Vergütung des Vormundes nicht den Charakter einer höchstpersönlichen Belohnung habe, die nur dem Vormunde selbst erteilt werden könne. Sie stelle vielmehr eine Entschädigung für die im Interesse des Mündels stattgefundene Mühewaltung und Zeitversäumnis dar. Der Anspruch auf diese Entschädigung gehöre daher, falls die im § 1836 Abs. 1, S. 3 BGB. bestimmten Voraussetzungen gegeben seien, zum Vermögen des Vormundes und sei als solcher mit dem Tode des Vormunds auf dessen Erben übergegangen. Diese Anschauung des Kammergerichts über die Zubilligung einer Vergütung halte ich jedoch für zu weitgehend. Denn einmal steht dem entgegen, daß die Sollvorschrift des § 1836 Abs. 2 BGB., wonach vor der Bewilligung der Vergütung der Vormund zu hören ist, verletzt wird. Dies ist allerdings in dem vom Kammergericht entschiedenen Fall nicht so, da hier der Vormund vor seinem Tode gehört worden ist. Darauf weist das Kammergericht auch ausdrücklich hin. Diese Entscheidung des Kammergerichts hat daher nur für diesen speziellen Tatbestand Geltung. Es ist nicht möglich, aus dieser Entscheidung ohne weiteres zu folgern — wie Engelmann-Keidel[165]) — daß in jedem Fall, auch wenn der Vormund vorher nicht gehört worden ist, nach dem Tode des Vormunds eine Vergütung gewährt werden kann. Eine Vergütung kann höchstens dann gewährt wer-

[164]) KGI. 37, S. A 68.
[165]) Engelmann-Keidel, Anm. 3 zu § 1836.

den, wenn dadurch die Vorschrift des §1836 Abs. 2 BGB. nicht verletzt wird. Wenn § 1836 Abs. 2 auch nur eine sog. „Sollvorschrift" enthält, so muß eine solche Vorschrift trotzdem vom Richter beachtet werden und das Kammergericht würde sicherlich anders entschieden haben, wenn in diesem speziellen Fall der Vormund nicht schon vorher gehört worden wäre. Aber selbst wenn der Vormund vorher gehört worden ist, muß die Möglichkeit einer Bewilligung abgelehnt werden. Denn die Auffassung des Kammergerichts ist nicht vereinbar mit den Gesichtspunkten, unter denen die Möglichkeit, eine Vergütung zu bewilligen, Gesetz geworden ist. Die Motive [166]) heben zwei Gesichtspunkte besonders hervor. Es sei für das Vormundschaftswesen nachteilig, eine Vergütung absolut zu versagen, da eine Versagung dazu beitrage, die Abneigung gegen das Vormundschaftswesen nur zu steigern. Dieser Gesichtspunkt fällt hier ganz fort. Denn die Abneigung eines Lebenden gegen die Vormundschaft wird wohl kaum dadurch hervorgerufen werden, daß seine Erben keinen Anspruch auf die Vergütung haben, die ihm für die Führung der Vormundschaft zustehen würde. Als zweiter Gesichtspunkt führen die Motive a. a. O. aus, daß es wirtschaftlich nicht zu billigen sei, indem es zu einer ungerechtfertigten Besteurung der Arbeitskraft zu Gunsten des Kapitals führe, wenn ein mittelloser Vormund das Vermögen seines reichen Mündels unentgeltlich verwalten solle. Allerdings würde im vorliegenden Fall der Mündel die Verwaltung seines Vermögens unentgeltlich erhalten haben, wenn man die Möglichkeit der Bewilligung einer Vergütung verneint. Es erscheint mir jedoch in einem solchen Fall bei weitem billiger, dem Mündel die Verwaltungstätigkeit des Vormunds zugutekommen zu lassen, als den Erben, die mit dieser Tätigkeit in gar keinem Zusammenhang stehen. Hier ist es am Platze, die prinzipielle Unentgeltlichkeit des vormundschaftlichen Amtes zur Geltung zu bringen. Die Möglichkeit, auch noch nach dem Tode des Vormunds eine Vergütung gewähren zu können, ist daher abzulehnen.

---

[166]) Motive IV, S. 1182.

g) Die Vergütung des Gegenvormunds.

Im Gegensatz zum Preußischen Recht (Preuß. Vorm. O. § 34 Abs. 3), das die Bewilligung einer Vergütung an den Gegenvormund nicht zuließ, kann gemäß § 1836 Abs. 1 BGB. dem Gegenvormund „aus besonderen Gründen" eine Vergütung durch das Vormundschaftsgericht bewilligt werden. Solche besonderen Gründe müssen speziell bei der einzelnen Vormundschaftsführung gegeben sein [167]). Sie können darin bestehen, daß der Gegenvormund ganz besonders oft hat tätig werden müssen, daß das zu verwaltende Vermögen besonders groß war. Auch der besondere Erfolg des Eingreifens des Gegenvormunds kann berücksichtigt werden. Es muß also die Tätigkeit des Gegenvormunds erheblich über die Tätigkeit hinausgehen, die man normalerweise von einem Gegenvormund zu verlangen pflegt. Im Übrigen gelten für die dem Gegenvormund zu bewilligende Vergütung dieselben Vorschriften wie für die Vergütung des Vormunds.

§ 11. Die gesetzliche Vormundschaft und die Sammelvormundschaft.

Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt [168], [169]) hat den Artikel 136 EG. BGB. aufgehoben. Mit diesem Artikel, der es den Landesgesetzen vorbehielt, die Frage der Bevormundung durch einen Anstaltsvormund und ähnliche Materien selbstständig zu regeln, sind auch die hierauf beruhenden Landesgesetze aufgehoben. An Stelle dieser einzelnen landesrechtlichen Regelungen tritt das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. Das RJWG. hat die Einrichtung von Jugendämtern bei den Gemeinden oder Gemeindeverbänden ange-

---

[167]) BayrObLG. in OLGE. 42, S. 113/14.

[168]) RGBl. I 1922, S. 633 ff.

[169]) Auf die einzelnen Bestimmungen des RJWG. näher einzugehen, liegt nicht im Rahmen dieses Themas. Für nähere Einzelheiten sei auf die zahlreich entstandene Literatur hingewiesen: vgl. Dr. Franz Behrend, das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt 1925; I. Schiedermair, Das Jugendwohlfahrtsgesetz und das Bayr. Jugendamtsgesetz 1926; Dr. Walter Heß, Jugendwohlfahrtsrecht 1926; Dr. Wilh. Greve, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt.

ordnet. (§§ 8 ff RJWG.) Diese Jugendämter führen kraft Gesetzes die Vormundschaft über uneheliche Kinder. Unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB. können die Jugendämter jedoch mit ihrem Einverständnis auch vor den im § 1776 BGB. berufenen Personen zum Vormund bestellt werden, soweit nicht ein geeigneter anderer Vormund vorhanden ist. Die Bestellung erfolgt durch schriftliche Verfügung des Vormundschaftsgerichts. Gemäß § 33 l. c. sind für diese Fälle der Vormundschaft u. a. die §§ 1835, 1836 Abs. 1, Satz 2 bis 4 und Abs. 2 nicht anwendbar. Daraus folgt, daß die Jugendämter weder Aufwendungen noch Vergütung bekommen können. Nach der besonderen Bestimmung des § 33 Abs. 2 l. c. sind dem Jugendamt jedoch Aufwendungen, die es zum Zwecke der Führung der Vormundschaft macht, aber nicht die allgemeinen Verwaltungskosten, zu ersetzen. Das RJWG. hat ferner im § 47 die Vorstände gewisser Körperschaften für geeignet erklärt, auf Antrag zu Vormündern bestellt zu werden. (Anstalts- oder Vereinsvormundschaft.) Nach § 47 Abs. 2 l. c. ist für diese Institute der § 33 l. c. für anwendbar erklärt. Für sie gilt also bezüglich der Aufwendungen und der Vergütung dasselbe wie für die Jugendämter. Nicht zu verwechseln mit diesen Fällen der gesetzlichen Vormundschaft ist die sogenannte Sammelvormundschaft. Der Sammelvormund hat rechtlich dieselbe Stellung wie jeder andere Vormund [170]). Seine Bestellung erfolgt nach der allgemeinen Regel und er unterscheidet sich nur dadurch von anderen Vormündern, daß er meistens ein städtischer Beamter ist, der von der Stadtverwaltung dazu bestimmt wird, eine ganze Reihe von Vormundschaften zu übernehmen. Da der Sammelvormund rechtlich dieselbe Stellung hat wie jeder andere Vormund, so findet auf ihn natürlich auch die Bestimmung des § 1836 BGB. Anwendung. Das Kammergericht hat aber trotzdem die Möglichkeit, einem solchen städtischen Sammelvormund eine Vergütung zu gewähren, mit Recht verneint [171]). Denn die Erwägungen, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, die Bewilligung einer Vergütung zuzulassen, treffen offensichtlich dann nicht zu, wenn der Vormund schon von dritter Seite entschädigt wird. In einem solchen Falle

[170]) KGI. 38, S. A 34.
[171]) KGI. 45, S. A 61 ff; OLGE. 43, S. 385.

kann weder von der „ungerechtfertigten Besteurung der Arbeitskraft zugunsten des Kapitals“ [172]) die Rede sein, noch auch die Befürchtung Platz greifen, daß bei Nichtgewährung einer Vergütung an den Sammelvormund „die Abneigung gegen das Vormundschaftswesen sich nur noch steigern werde“ [173]). Es ist hier genau so zu entscheiden, wie wenn ein Einzelvormund für dieselbe Tätigkeit schon von dritter Seite entlohnt wird. (vgl. § 10 b.) Da der Sammelvormund schon von dritter Seite, von der Stadtverwaltung, eine Entschädigung für seine Tätigkeit in Gestalt des ihm zustehenden Gehalts erhält, so besteht in diesem Fall auch bei Vorliegen der sonstigen für die Gewährung einer Vergütung maßgeblichen Umstände gar keine Veranlassung, dem Sammelvormund noch außerdem eine Vergütung zu gewähren. Gerade in einem solchen Falle ist an der prinzipiellen Unentgeltlichkeit der Führung der Vormundschaft festzuhalten. Die gleiche Ansicht vertritt Rosenstock [174]). Er weist außerdem noch mit Recht darauf hin, daß die Anstellung eines durch die Gemeinde oder sonst jemanden besoldeten Vormunds auch nicht dem § 1836 BGB. widerspreche, wonach die Vormundschaft unentgeltlich zu führen sei. Denn diese Bestimmung habe lediglich das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel im Auge und wolle nur das Mündelvermögen schützen. Wenn der Vormund jedoch Zahlungen von dritter Seite erhalte, so könne das Vormundschaftsgericht dies nicht hindern. Dies falle nicht unter die Bestimmung des § 1836 BGB. Der Sammelvormund kann aber auch nicht verlangen, daß ihm eine Vergütung zwecks Abführung an die Stadtkasse bewilligt wird [175]). Denn für eine derartige Bewilligung besteht gar keine Handhabe, da zwischen der Stadtgemeinde und dem Mündel keinerlei Rechtsbeziehungen bestehen. Eine solche Bewilligung würde auch dem Sinn und dem Zweck des §1836 BGB. widersprechen.

---

[172]) Motive IV, S. 1183.

[173]) Motive a. a. O.

[174]) Rosenstock, Kann ein von der Gemeinde angestellter Berufsvormund Vergütung für seine Tätigkeit zugunsten der Gemeinde erhalten? in Zeitsch. f.d.Armenwesen 1913, S. 148 ff.

[175]) Rosenstock a. a. O.

§ 12. Verfahren und Geltendmachung.

Die Bewilligung der Vergütung an den Vormund kann auf Antrag und von Amtswegen [176]) erfolgen. Auch der Mündel kann verlangen, daß das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung fälle, wenn er ein Interesse an einer alsbaldigen Entscheidung hat [177]). Nach § 1836 Abs. 2 soll vor der Bewilligung, Änderung oder Entziehung der Vergütung der Vormund und, wenn ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen ist, auch dieser gehört werden. Es ist diesen also Gelegenheit zu geben, sich schriftlich oder mündlich zu äußern. Die bloße Einreichung des Antrags auf Festsetzung der Vergütung erfüllt den Begriff des Anhörens nicht [178]). Mit dieser Entscheidung steht allerdings eine spätere Entscheidung des Kammergerichts [179]) im Widerspruch. Hier hat das Kammergericht — wie schon oben erwähnt — ausgeführt, daß die Sollvorschrift des § 1836 Abs. 2 BGB. der Bewilligung der Vergütung nach dem Tode des Vormunds um so weniger engegenstehe, als der Vormund noch selbst zu seinen Lebzeiten den Antrag auf Festsetzung einer Vergütung gestellt habe. Diesen Antrag auf Festsetzung einer Vergütung sieht das Kammergericht also als „Anhören" im Sinne des § 1836 Abs. 2 BGB. an, ohne sich mit der früheren, widersprechenden Entscheidung auseinanderzusetzen. Es ist daran festzuhalten, daß ein bloßer Antrag auf Festsetzung einer Vergütung nicht genügt. Ein solcher Antrag kann nur das Vormundschaftsgericht zum Tätigwerden veranlassen. „Anhören" im Sinne des § 1836 Abs. 2 BGB. erfordert schon begrifflich mehr als einen Antrag. Hinzu kommt noch, daß, wenn das Vormundschaftsgericht sich mit einem Antrag auf Festsetzung der Vergütung begnügen würde, es eine einwandfreie Entscheidung garnicht fällen könnte. Denn seiner Entscheidung würde nur der ihm bekannte Aktenінhalt zugrunde liegen, nicht aber die vom Antragsteller nachzuweisenden, nur ihm bekannten Umstände wie z. B. langwierige Verhandlungen, deren Ergebnis lediglich dem Vormundschafts-

[176]) RIA. 6, S. 34.
[177]) KG. in OLGE. 18, S. 296/97.
[178]) KG. in Recht 1904, S. 497, Nr. 2840.
[179]) KGI. 37, A. S. 34, ebenso das BayrObLG. in BayrObLGZ. 9, S. 58 ff.

gericht mitgeteilt ist, woraus sich aber der Umfang der darauf verwandten Zeit und Arbeit nicht ohne weiteres ersehen läßt. Eine solche Entscheidung würde stets unvollständig sein. Um dies zu verhindern, um — wie die Motive [180]) hervorheben, — einerseits das Interesse des Vormunds zu sichern, andererseits eine sachgemäße Entscheidung zu gewährleisten, ist dem Vormundschaftsgericht gemäß § 1836 Abs. 2 RGR. aufgegeben, den Vormund bzw. Gegenvormund vorher zu hören. Der angezeigte Zweck dieser Bestimmung kann aber nur erreicht werden, wenn das Vormundschaftsgericht eine mündliche oder schriftliche Äußerung des Antragstellers veranlaßt, nicht aber durch einen bloßen formellen Antrag auf Festsetzung einer Vergütung. Einer Wiederanhörung des Vormunds bzw. Gegenvormund in der Beschwerdeinstanz bedarf es nicht [181]). Dem Zwecke des § 1836 Abs. 2 BGB. ist genügt, wenn der Vormund bzw. Gegenvormund vom Vormundschaftsgericht gehört worden ist. Zwar heist es im § 1836 Abs. 2, daß der Vormund bzw. Gegenvormund auch vor jeder „Änderung oder Entziehung" gehört werden soll. Damit ist aber nicht eine Änderung bzw. Entziehung im Beschwerdeweg gemeint, sondern das Gesetz stellt dabei auf den Schlußsatz des ersten Absatzes ab, wonach die Vergütung jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden kann. Falls kein Gegenvormund vorhanden ist, hat das Vormundschaftsgericht erst gemäß § 1792 Abs. 2 BGB. zu prüfen, ob ein Gegenvormund zu bestellen ist und diesen dann vor der Entscheidung zu hören. Das bestimmen die Motive [182]) ausdrücklich; es geht auch aus der verschiedenen Fassung der §§ 1842 S. 1, 1854 Abs. 3, S. 1 einerseits und der §§ 1802 Abs. 1, S. 2, 1810 S. 2, 1812 Abs. 3, 1826 andererseits hervor. Der Vormund ist nicht nur über seine eigene Vergütung, sondern auch über die Vergütung des Gegenvormunds zu hören, was für den Gegenvormund natürlich entsprechend gilt [183]). Gegen einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den der Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes auf Bewilligung einer Vergütung abgelehnt wird, steht dem Vor-

[180]) Motive IV, S. 1183.
[181]) KG. in OLGE. 16, S. 30/31; KGI. 37, S. A 69; Fuchs, Anm. 4 b zu § 1836.
[182]) Motive IV, S. 118.
[183]) Planck a. a. O., Anm. 8 zu § 1836.

mund bzw. Gegenvormund gemäß §§ 19/20 FGG. die Beschwerde zu. Gegen einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den dem Vormund eine Vergütung bewilligt wird, steht gemäß § 57 Ziffer 7 FGG. dem Gegenvormund das Beschwerderecht zu. Andererseits steht aber auch dem Vormund als gesetzlichem Vertreter des Mündels gemäß § 20 FGG. das Beschwerderecht gegen einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts zu, durch den dem Gegenvormund oder einem Pfleger eine Vergütung bewilligt wird [184]). Ebenso steht den Erben des Mündels das Beschwerderecht zu. Denn sowohl ein Recht des Mündels wie auch ein Recht der Erben eines verstorbenen Mündels wird durch die Bewilligung einer Vergütung betroffen, nämlich das Vermögensrecht. Dem Mündel selbst steht kein Beschwerderecht zu, auch nicht gemäß § 59 FGG. Denn der § 59 FGG. bezieht sich nur auf solche Angelegenheiten, welche die Person des Mündels betreffen. Ausgeschlossen sind aber solche Entscheidungen, welche sich lediglich auf das Vermögen des Mündels beziehen [185]). Eine Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts bezieht sich aber, wie bereits hervorgehoben, lediglich auf das Vermögen des Mündels und nicht auf seine Person. Die Beschwerde kann auch noch nach Beendigung der Vormundschaft eingelegt werden [186]). Es handelt sich hierbei grundsätzlich um dieselbe bereits im § 10 d behandelte Frage, ob das Vormundschaftsgericht auch noch nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung festsetzen darf. Die zu der letzteren Frage genommene Stellungnahme bedingt ohne weiteres die Stellungnahme bezüglich des Beschwerderechts. Denn wenn man dem Vormundschaftsgericht die Befugnis zubilligt, noch nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung zu bewilligen, dann muß man auch dem Beschwerten noch nach Beendigung der Vormundschaft ein Beschwerderecht zubilligen. Andernfalls käme man zu dem unbilligen Ergebnis, daß der Mündel zwar noch nach Beendigung der Vormundschaft durch eine Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts beschwert werden, sich aber nicht mehr durch Anrufung einer höheren Instanz dagegen zur Wehr setzen könnte. Je nach ihrer Stellungnahme zu der in § 10 II d behandelten Frage hat denn auch die Literatur

[184]) Planck, Anm. 9 zu § 1836, Engelmann-Keidel, Anm. 4 c zu § 1836.
[185]) Schlegelberger a. a. O. zu § 59.
[186]) KGI. 30, S. 22 ff.

und Judikatur[187]) zur Frage des Beschwerderechts nach Beendigung der Vormundschaft Stellung genommen. Wegen der grundsätzlichen Erwägungen hierzu wird auf § 10 II d verwiesen.

Wenn der Vormund gegen eine Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts Beschwerde einlegt und beantragt, ihm eine höhere Vergütung zuzubilligen, so ist das Beschwerdegericht nicht befugt, eine niedrigere Vergütung festzusetzen als das erstinstanzliche Gericht[188]). Es gibt also hier wie im übrigen Prozeßrecht das sog. Verbot der reformatio in peius. Wollte man auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Ausnahme zulassen, dann müßten, wie das Kammergericht a. a. O. mit Recht ausführt, klare gesetzliche Bestimmungen im FGG. vorhanden sein[189]). Über die Beschwerde gegen eine Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts entscheidet gemäß §§ 19, 30 FGG. eine Zivilkammer des Landgerichts. Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§ 23 FGG.). Das Beschwerdegericht hat nicht nur die angefochtene Verfügung nachzuprüfen, sondern tritt, soweit das Gericht erster Instanz entschieden hat, völlig an die Stelle der ersten Instanz und hat den gesamten Sachverhalt noch einmal klarzulegen und nachzuprüfen, wobei es auch einer etwaigen inzwischen eingetretenen Veränderung der Sachlage Rechnung zu tragen hat[190]). Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig (§ 27 FGG.). Über die weitere Beschwerde entscheidet ein Zivilsenat des Oberlandesgerichts (§§ 29, 30 FGG.). Die weitere Beschwerde kann nur auf eine Verletzung des Gesetzes gestützt werden. Es findet also lediglich eine Nachprüfung der Entscheidung

---

[187]) vgl. Fuchs, Anm. 4 c zu § 1836; Engelmann-Keidel, Anm. 3 zu § 1836; Planck, Anm. 11 zu § 1836; KGI. 30 A. S. 22/23.

[188]) RIA., S. 96/99; Schlegelberger a. a. O., Anm. 12 zu § 25, Rausnitz, das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit Berlin 1900, Anm. 14 zu § 19.

[189]) Allerdings macht das Kammergericht unter Bezugnahme auf KGI. 31 A. S. 5 eine Ausnahme, soweit das Offizialprinzip herrscht. Diese Ausnahme trifft hier aber nicht zu, da diese Beschwerde nur bezweckt, die mit der angefochtenen Verfügung verbundene Beeinträchtigung des eigenen Rechts zu verhindern. (Schlegelberger a. a. O.)

[190]) Schlegelberger a. a. O., Anm. II 6^1 u. III 10^1 zu § 25.

des Beschwerdegerichts auf Rechtsverstöße hin statt. An die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts ist das Gericht der weiteren Beschwerde gebunden. Daher kann z. B. die weitere Beschwerde nicht damit begründet werden, daß der festgesetzte Betrag nicht angemessen sei, sofern nicht das Beschwerdegericht den Begriff des Ermessens selbst verkannt hat[191]).

Die Bewilligungsverfügung des Vormundschaftsgerichts wird wirksam, wenn sie gemäß § 16 FGG. zugestellt ist. Damit hat dann der Vormund einen Anspruch gegen den Mündel, aber noch keinen vollstreckbaren Titel (vgl. II § 10 a). Im übrigen gilt für die Geltendmachung des festgesetzten Vergütungsanspruches dasselbe wie für die Geltendmachung des Anspruchs aus § 1835 BGB. (vgl. I § 7). Der Vormund kann sich wegen seines Anspruchs aus dem Mündelvermögen selbst befriedigen. Hierzu bedarf es der Bestellung eines Pflegers nicht, da es sich um ein Erfüllungsgeschäft handelt (§§ 1795, Abs. 2, 181 BGB.). Der Gegenvormund muß den Anspruch gegenüber dem Vormund geltend machen und kann sogar, falls es nötig sein sollte, das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1837 BGB. veranlassen[192]). Falls das Mündelvermögen das nötige Bargeld zur Befriedigung des Vergütungsanspruchs nicht enthält, müssen die nötigen Rechtsgeschäfte zur Erlangung dieser Mittel vorgenommen werden. Soweit eine Genehmigung zu diesen Rechtsgeschäften nötig ist, richtet sie sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 1812 ff., 1821 ff. BGB.).

Der Vormund kann ferner auf Grund der Bewilligungsverfügung gegen den Mündel Klage erheben. Hieran ist er auch während Bestehens der Vormundschaft nicht gehindert.

---

[191]) OLG. Hamburg in ZBlFG. 18, S. 298/99.

[192]) Engelmann-Keidel, Anm. 4 d zu § 1836.

Lebenslauf.

Am 17. Mai 1903 wurde ich in Neumünster in Holstein als Sohn des Kaufmanns Otto Niehoff und seiner Ehefrau Dorothea geboren. Bis zum Jahre 1922 besuchte ich das Gymnasium in Neumünster und studierte nach bestandenem Abiturientenexamen an den Universitäten Tübingen, Kiel und München die Rechte. Im März 1926 bestand ich in Kiel mein Referendarexamen. Augenblicklich bin ich am Oberlandesgericht Kiel als Referendar tätig. Ich gestatte mir, meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. A. Schmidt (Tübingen), an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.